

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

PAULO ALVES SANTOS

ARGUMENTAÇÃO A PARTIR DE PRECEDENTES:

Análise da prática brasileira sob uma perspectiva
argumentativa

Brasília

2014

PAULO ALVES SANTOS

ARGUMENTAÇÃO A PARTIR DE PRECEDENTES:
Análise da prática brasileira sob uma perspectiva argumentativa

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial para
a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cláudia Rosane Roesler

Brasília

2014

PAULO ALVES SANTOS

ARGUMENTAÇÃO A PARTIR DE PRECEDENTES:
Análise da prática brasileira sob uma perspectiva argumentativa

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial para
a obtenção do título de bacharel em Direito.

Dr.^a Cláudia Rosane Roesler (Orientadora – UnB)

Me. Ricardo Antônio Rezende de Jesus (Membro - PGE/AM)

Me. João Costa Ribeiro Neto (Membro - UnB/PGF)

Me. Thiago Luís Santos Sombra (Suplente - UnB/IDP/PGE-SP)

Brasília, 26 de novembro de 2014

*Aos meus pais,
pelo incentivo e carinho.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte e princípio de toda sabedoria. Ao buscar empregar toda ciência humana na construção de uma sociedade justa e solidária, realiza-se entre nós o desígnio Daquele que com seu olhar atento e cuidadoso me inspira e acompanha.

Aos meus pais, através dos quais conheci o amor, e a todos os meus familiares. Com vocês eu enfrentei os pequenos desafios diários desses anos de estudo, obstáculos que somente tornaram-se pequenos pela compreensão e pela ajuda de vocês.

À minha estimada orientadora, Dr.^a Cláudia Roesler, que é a minha referência em conhecimento e generosidade acadêmica, bem como a todos os professores com os quais já tive o prazer de aprender. A docência, atividade nobre por excelência, inspira em nossas jovens mentes o desejo de conhecer e pesquisar o homem e seu universo.

Aos meus amigos e colegas da Universidade de Brasília, em especial os alunos da 100ª Turma da Faculdade de Direito, a qual eu tenho a honra de integrar. Em nossa diversidade formamos uma família e aquecemos as paredes de nossas salas com o calor da amizade.

Aos meus amigos mais próximos, que às vezes me acompanhavam de perto e às vezes sentiam a minha ausência. A colaboração pessoal de cada um de vocês tornou possível esta graduação, que longe de ser egoisticamente minha é caritativamente nossa.

Aos meus companheiros profissionais, em especial os advogados, servidores e estagiários com quem convivi no escritório Torreão Braz Advogados, no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Enfim, a todos que colaboraram para o êxito dessa empreitada, ofereço o meu sincero obrigado!

“Racionalidade é uma característica comum e definidora dos seres humanos. É uma característica possível e desejável dos arranjos políticos e sociais. A criação e aplicação razoável do Direito é um objetivo valioso e digno do esforço humano. Não é uma garantia da justiça perfeita, mas é certamente uma proteção contras as piores formas de injustiça.”
(MACCORMICK, 2008, p. X)

“Para sermos agentes racionais, precisamos de outras virtudes além da racionalidade, como a sensatez, a elevação dos objetivos, o senso de justiça, a humanidade e a compaixão” (ATIENZA, 2006, p. 138.)

RESUMO

A prática jurídica é uma atividade essencialmente argumentativa, de forma que o argumento é um componente essencial do Direito. Noutro giro, verifica-se que a utilização dos precedentes como instrumento argumentativo é recurso difundido em diversos sistemas jurídicos, sendo ele freqüentemente aplicado no Brasil. Contudo, não obstante a recorrência com que são empregados na fundamentação de petições e decisões judiciais, percebe-se uma produção científica ainda tímida em torno da argumentação por precedentes. Com efeito, uma melhor compreensão desta estratégia argumentativa é essencial para o enfrentamento dos atuais problemas existentes no sistema judicial brasileiro, sobretudo a inconsistência entre as decisões dos tribunais e a multiplicação de recursos nas Cortes Superiores, evitando-se equívocos simplistas e incongruências técnicas. Nesse sentido, a pesquisa apresenta uma análise da argumentação por precedentes com enfoque nos pressupostos teóricos advindos da teoria da argumentação jurídica e, em seguida, realiza uma análise crítica da dinâmica do precedente na prática judicial brasileira, a partir da análise de acórdãos que possuam relevância jurídica acerca do tema.

Palavras-chave: Precedentes judiciais; argumentação jurídica; jurisprudência; *ratio decidendi*; decisões judiciais brasileiras.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	12
1.1 As teorias da argumentação jurídica e o caráter argumentativo do Direito .	12
1.2 O argumento no Direito.....	21
1.2.1 A estrutura do argumento	21
1.2.2 Os tipos de argumentos.....	27
2. TEORIA ARGUMENTATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	31
2.1 Fundamentos teóricos do uso do precedente.....	31
2.1.1 Boas razões para a utilização do precedente	32
2.1.2 Críticas à argumentação por precedentes.....	41
2.2 Problemas de justificação dos precedentes judiciais.....	48
2.3 Problemas de aplicação dos precedentes judiciais	57
3. O USO DO PRECEDENTE NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA	66
3.1 Precedentes no Brasil	66
3.2 Análise de casos	73
3.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF	73
3.2.2 Recurso Especial 1.112.748/TO.....	81
3.2.3 Recurso Extraordinário 637.485/RS	89
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

INTRODUÇÃO

A argumentação é um componente importante da experiência jurídica sob praticamente todas as suas facetas, de forma que uma perspectiva argumentativa permite entender em profundidade muitos aspectos do Direito e da teoria jurídica (ATIENZA, 2014, p. 15). É com base nessa constatação que este trabalho se propõe a analisar o problema do uso dos precedentes judiciais na prática brasileira.

O tema apresentado é recorrente entre estudiosos e profissionais, sobretudo em razão da forte tendência de utilização de decisões judiciais pretéritas como meio para a solução rápida de demandas repetitivas. Contudo, a despeito da pressa que se impõe pela aparente praticidade dessa espécie argumentativa, o assunto não dispensa uma profunda e detida reflexão teórica.

Esta análise se inicia, como não poderia deixar de ser, pela elucidação dos pressupostos que se assumem com a adoção de uma perspectiva argumentativa. A esse respeito, o primeiro capítulo do trabalho apresenta um breve retrospecto da teoria da argumentação jurídica, sublinhando o revigoramento da argumentação como campo de estudo a partir da segunda metade do século XX e indicando que esta concepção teórica aposta em uma racionalidade possível para as decisões judiciais, o que não se confunde com a idéia de razão absoluta e que se opõe ao pensamento cético realista.

Também neste capítulo inicial, objetiva-se identificar de que forma o argumento a partir de um precedente se insere no plano da argumentação jurídica. Por essa razão, apresenta-se o *layout* do argumento jurídico desenvolvido por TOULMIN (2001), o qual será bastante utilizado no decorrer da análise, e a tipologia dos argumentos elaborada por

MACCORMICK (2008), identificando-se o precedente judicial como um argumento interpretativo de caráter sistêmico.

No segundo capítulo, passamos a um exame das razões que legitimam o uso do precedente judicial como argumento no Direito, debruçando-nos com igual empenho sobre as críticas levantadas pelos opositores desta prática argumentativa. Em seguida, abordamos os principais problemas que a justificação e aplicação de precedentes judiciais podem suscitar.

Nesse ponto, adotando a sugestão de BUSTAMANTE (2012), analisamos em primeiro lugar os problemas decorrentes da criação (justificação) do precedente pelo tribunal, entre os quais se incluem o grau de vinculatividade da decisão, a determinação da *ratio decidendi* e a possibilidade de superação do precedente (*overruling*). Em um segundo momento, mudamos o foco para os problemas relacionados à aplicação de um precedente já constituído, o que inclui a possibilidade de diferenciação de casos (*distinguish*) e a aplicação do precedente por analogia.

Após percorrer esta trilha analítica, reunindo o instrumental teórico necessário ao objetivo principal do estudo, o terceiro capítulo lança a proposta de se olhar a realidade prática da utilização dos precedentes no Brasil através de uma janela aberta pela observação crítica de casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, depois de tecer algumas considerações acerca das principais prescrições legislativas atualmente vigentes sobre a temática dos precedentes, são apontados alguns julgamentos representativos de discussões importantes no contexto nacional, os quais veicularam questões que foram solucionadas (ou, ao menos, houve essa tentativa) com a utilização de técnicas próprias da argumentação a partir de precedentes.

A análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF (uniões homoafetivas) ilustra a importância do precedente para a segurança jurídica dos jurisdicionados, porém também revela que esse objetivo pode ser frustrado pela falta de precisão na definição da *ratio decidendi* do julgamento. Já o estudo do Recurso Extraordinário 1.112.748/TO (princípio da insignificância no crime de descaminho) explora a interação entre as orientações jurisprudenciais emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, avaliando a força do precedente, mesmo que não-vinculante, além de perquirir acerca dos problemas de aplicação desta decisão, formulada pela sistemática dos recursos repetitivos. Por fim, a observação do Recurso Extraordinário 637.485/DF (prefeito itinerante) objetiva demonstrar o caráter normativo do precedente, que apresenta reflexos nas escolhas e condutas dos cidadãos, abordando a complexa questão da mudança repentina de um entendimento jurisprudencial consolidado nos Tribunais Superiores.

Ao final, concluindo que a argumentação a partir de precedentes possui vantagens que justificam sua utilização no contexto nacional, o estudo aponta que, para ela ser manejada adequadamente, é necessário um aprimoramento da experiência pátria. Este aperfeiçoamento técnico não se restringe ao campo normativo, mas se estende, sobretudo, à cultura jurídica e ao conhecimento teórico que os juristas brasileiros devem procurar adquirir acerca do tema.

1. DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

1.1 A teoria da argumentação jurídica e o caráter argumentativo do Direito

As discussões jurídicas se desenvolvem, essencialmente, por meio de diálogos argumentativos acerca da melhor forma de se aplicar o Direito aos problemas enfrentados por pessoas que compõem uma comunidade política, as quais confiam à jurisdição estatal a resolução de seus conflitos.¹

Por meio da exposição e defesa de seus argumentos, em regra submetidos à dialética processual, os envolvidos em um conflito judicial realizam um esforço retórico² ao tentar convencer o julgador da correção de suas opiniões sobre a solução que deve ser adotada frente a determinado problema jurídico. Em resposta, o Estado-juiz devolve-lhes uma decisão que, após considerar os argumentos apresentados, expõe suas próprias razões de decidir, também em forma de argumentos.

Os argumentos adotados pela decisão judicial, por seu turno, contêm uma pretensão de persuasão que se volta, em um primeiro plano, às partes envolvidas no conflito, a fim de que elas se satisfaçam com a solução encontrada para o problema apresentado. Da mesma forma, objetiva-se que a decisão convença os órgãos hierarquicamente superiores, que possuem a competência para reavaliar a decisão quando ela for, eventualmente, impugnada. Por fim, a decisão se volta à comunidade jurídica e à sociedade, as quais esperam que os argumentos adotados correspondam à confiança depositada na prestação jurisdicional.

¹ Importante notar, conforme acentua Robert Alexy, que existem diferentes tipos de discussões jurídicas. Na perspectiva adotada por esse trabalho, a prática jurídica será abordada no contexto da deliberação judicial, não havendo comprometimento específico acerca de outras discussões igualmente jurídicas, tais como os embates que antecedem a produção legislativa ou os debates dentro da doutrina dogmática. Todavia, todos esses tipos de discussões possuem ao menos um traço comum e distintivo: o uso de argumentos jurídicos. Sobre o assunto, ver ALEXY, 2001, p. 211ss.

² Neste estudo, a palavra “retórica” e suas derivações serão sempre utilizadas em seu sentido aristotélico, referindo-se a uma técnica de argumentação legítima nos debates acerca do verossímil, que não se restringe aos aspectos meramente formais da linguagem. De fato, originalmente em Aristóteles, a retórica é parte interessada, ou no mínimo permanece intimamente ligada, ao conteúdo da comunicação, de forma apresentar-se mais como uma “retórica do raciocínio” do que como uma “retórica das paixões”. (BRETON et al, 2001, p. 15. 32-34.)

Observando essa dinâmica, não é estranha a percepção, quase intuitiva, de que o Direito seja uma “disciplina argumentativa” (MACCORMICK, 2008, p. 19). De fato, a argumentação é um elemento essencial da prática jurídica, desempenhando papel de destaque no funcionamento de qualquer sistema normativo. Acerca da função que o argumento sempre desempenhou no Direito, observa MANUEL ATIENZA:

A argumentação é um ingrediente importante da experiência jurídica e o tem sido sempre, independentemente de que se haja usado para se referir a esse elemento jurídico essa denominação ou alguma outra mais ou menos equivalente, como “raciocínio jurídico”, “método jurídico” ou “lógica jurídica”. Esta última expressão, por certo, foi, e continua sendo, bastante polêmica, pois nem todos os juristas parecem convencidos de que seu modo de operar dentro do Direito tenha de ser “lógico”. É freqüente, por exemplo, ouvir de um jurista afirmações como “no Direito, dois mais dois, nem sempre são quatro”, ou “a aplicação do Direito não pode ser entendida em termos puramente silogísticos”, etc. Todavia, seguramente, trata-se de uma polêmica baseada, ao menos em boa parte, na ambigüidade da palavra “lógica”, que, às vezes usamos para nos referirmos a lógica formal (lógica matemática), e outras como sinônimo de aceitável, fundamentado, racional, etc. (ATIENZA, 2012, p. 20).

Não obstante o relevante papel que a argumentação sempre desempenhou no Direito, o desenvolvimento das chamadas teorias da argumentação jurídica ocorreu em época relativamente recente, a partir da segunda metade do século XX, com o revigoração do interesse dos juristas pelos estudos clássicos a respeito da retórica, da tópica e da dialética.³

Com efeito, o estudo da argumentação, antes de ser uma preocupação específica no campo jurídico, constitui uma reflexão geral, aplicável a variados campos do conhecimento, acerca da engenharia existente desde a concepção de um argumento, passando por sua apresentação e defesa, até a sua aceitação, ou rejeição, por um destinatário que se pretende persuadir (BRETON et al, 2001, p. 17).

³ “No deja de ser curioso que en la teoría jurídica se produzcan, a partir de la década de los cincuenta, intentos entre sí similares de responder a la problemática metodológica en el Derecho mediante el recurso casi contemporáneo a la retórica, la tópica o la dialéctica. Y la impresión es aún más sorprendente al comprobar que la variación no se da sólo de autor a autor, sino de país a país: mientras en Bélgica PERELMAN recupera para el Derecho la retórica, en Alemania VIEHWEG hace lo propio con la tópica, y en Francia Michel VILLEY se remitirá a la dialéctica antigua.” (GARCÍA AMADO, 1988, p. 24)

Dessa forma, as teorias da argumentação encontram seu berço comum nos primeiros ensaios da retórica antiga. As necessidades da democracia ateniense e da república romana conferiram à retórica um papel singular e eminentemente político, proporcionando um território fértil para o surgimento de estudos acerca do debate público e do uso do argumento (GARCÍA AMADO, 1988, p. 19).

Contudo, o estudo da retórica e de outras disciplinas destinadas à investigação da argumentação, por exemplo, a tópica, entra em crise junto com a república romana. O debate público, outrora central na vida política, aos poucos é abandonado para ceder a novas formas de exercício do poder.

Inicia-se, assim, um processo de declínio dos estudos relacionados à argumentação, caracterizado por dois efeitos: a literalização, restringindo o argumento à sua perspectiva lingüística e literária; e a perda da função pragmática do argumento, de forma que *“a retórica terá que refugiar-se nas academias e substituir o exercício real da oratória na ágora ou perante os tribunais pelo simulacro debate sobre tema fictício.”* (GARCÍA AMADO, 1988, p.19, tradução livre).

A esse respeito, PHILIPPE BRETON e GILLES GAUTHER descrevem o movimento de ascensão, declínio e ressurgimento do interesse pelas teorias da argumentação a partir da identificação de quatro grandes períodos:

O *período fundador* é o dos primeiros manuais de retórica e do ensino dos logógrafos que preparavam as exposições para os queixosos e acusados. Contemporâneo ao ensino dos sofistas, este período é também o do reforço da democracia grega. Abarca cem anos, desde meados do século V a meados do século IV a.C.

O *período de maturidade* é o do apogeu aristotélico. O grande filósofo romperá com a herança dos “tecnólogos” imorais do período precedente. A sua Retórica, que irá marcar duradouramente, no plano teórico, o desenvolvimento deste domínio até os nossos dias, deve ter sido elaborada entre 329 e 323 a.C. Inspirará a cultura da argumentação que se desenvolve no quadro da República e dos primeiros tempos do Império e que assiste à sistematização, codificação e vulgarização das normas do discurso persuasivo por grandes oradores como Cícero e Quintiliano.

O *período do declínio* da teoria argumentativa no seio da retórica estende-se desde finais do Império Romano até meados do século XX. A retórica torna-se uma teoria das figuras de estilo e a parte argumentativa reduz-se progressivamente por efeito do êxito crescente da demonstração (em ciência exatas e experimentais) e de uma certa filosofia da evidência.

O *período da renovação* é o do aparecimento da “nova retórica”, nomeadamente a partir dos trabalhos do filósofo e jurista belga Chaïm Perelman, bem como dos trabalhos de investigação anglo-saxónicos sobre argumentação, mormente Toulmin. (BRETON et al, 2001, p. 19).

Vários são os fatores que conduziram ao revigoramento das teorias da argumentação em tempos recentes.

No campo acadêmico, há a derrocada da tese de neutralidade da ciência frente à compreensão de que todo conhecimento encontra-se inserto em um “paradigma científico”, indissociável da realidade social e intelectual da época em que foi produzido. Na experiência histórica, o século XX é marcado por uma “sacudida moral e política”, no bojo da qual estão contidos a adoção de regimes nazi-fascistas e a experiência da Segunda Guerra Mundial. A filosofia, por sua vez, avança nos estudos acerca da linguagem, acentuando seu caráter pragmático e sua dimensão intersubjetiva (Cf. GARCÍA AMADO, 1988, p. 21).

Estas realidades refletem no Direito, no qual os postulados dominantes do positivismo jurídico passam a enfrentar ferrenhas críticas. Constata-se, sob uma nova ótica, que a postura do juiz, pelo critério positivista, estaria sempre situada em um destes dois extremos: ora um legalismo passivo e formalístico diante das disposições emanadas da vontade legislativa, ora um voluntarismo judicial autoritário que não se poderia controlar, devido à ausência de disposições normativas específicas.

A aceitação desta concepção significaria abdicar da pretensão de racionalidade na aplicação do Direito, uma vez que nenhum parâmetro racional poderia ser objetivamente definido no campo jurídico, o qual estaria sempre submetido ao voluntarismo de uma autoridade, seja ela o legislador ou o juiz. De fato, observa GARCÍA AMADO sobre o

positivismo jurídico: “*o que começou como defesa da razão frente à vontade arbitrária terminará negando a si mesmo e desembocando em uma exaltação da vontade frente à razão.*” (GARCÍA AMADO, 1988, p. 302, tradução livre).

Nesse cenário, surgem diversas teorias que encampam a tese da irracionalidade e deslocam a discussão jurídica do campo da motivação das decisões para o campo da subjetividade do julgador. Entre essas correntes, destaca-se o Realismo Jurídico, que adotou, sobretudo em sua vertente mais ortodoxa, as premissas do ceticismo axiológico, do conductismo e da indeterminação radical do Direito (ATIENZA, 2014, p. 45).

Os estudiosos desta escola de pensamento, em geral, defendem que os juízos de valor desempenham um papel muito importante na tomada das decisões jurídicas, mas que esses juízos não pertencem ao campo da razão. Assim, os motivos explicitados na motivação destas decisões não são as “verdadeiras razões” de decidir, de forma que o enfoque realista do Direito objetiva prever, ou pelo menos explicar *a posteriori*, as posturas adotadas pelo julgador a partir de considerações biográficas e/ou idiossincráticas sobre os juízes (ATIENZA, 2014, p. 45).

De outro lado, a partir dos anos cinquenta do século XX, inicia-se um movimento de reação à descrença na racionalidade judicial, que terminara por abandonar a prática jurídica aos riscos da arbitrariedade. Surgem, assim, as teorias da argumentação jurídica, que não coadunam com a tese da irracionalidade das decisões judiciais, mas passam a compreender a racionalidade em moldes diversos. Acerca desse momento histórico, GARCÍA AMADO explica:

Até os anos cinquenta as posturas antilogiscistas haviam abundado, encarnadas em tendências tão heterogêneas como a Escola do Direito Livre, o realismo jurídico escandinavo e americano, a Jurisprudência de interesses, etc. Contudo, a partir destas críticas surgem nessa época as primeiras anotações de uma orientação metodológica que situará em novas coordenadas o problema da decisão jurídica. **Podemos chamar a esta orientação geral, compartilhada em maior ou**

menor medida por uma pluralidade de autores destes anos e posteriores, “teoria da argumentação jurídica” ou orientação argumentativa da metodologia jurídica.

Se tivéssemos que circunscrever a algumas notas essenciais esse enfoque comum, poderíamos nos referir a duas questões: sua formulação do problema metodológico central da prática jurídica e o campo onde coloca o principal foco para dar-lhe uma resposta. **O problema é a racionalidade e o ponto de partida para sua solução se situa na argumentação**, no processo discursivo de intercâmbio de razões, na ação comunicativa entre sujeitos empenhados na obtenção de uma decisão mais conforme com o que no sentir do grupo social possa ser tido como racional. (GARCÍA AMADO, 1988, p. 312, tradução livre, grifos nossos.)

A teoria da argumentação jurídica propõe um novo enfoque para o problema da racionalidade no Direito. A constatação da ausência de verdades evidentes e indubitáveis possibilita o ingresso no âmbito de uma verdade a ser construída argumentativamente, a qual não é propriedade exclusiva do intérprete dotado de autoridade, mas que se aprimora em um permanente processo de fundamentação e intercâmbio comunicativo (Cf. GARCÍA AMADO, 1988, p. 23).

A proposta da teoria da argumentação jurídica, dessa forma, aposta na existência de uma racionalidade possível entre a mera lógica formal e a arbitrariedade total (CELLA, 2001, p. 249ss.), conferindo sentido ao esforço do jurista em procurar justificar suas decisões em razões aceitáveis perante os diversos agentes envolvidos no desenvolvimento do Direito.

Esta perspectiva argumentativa da prática jurídica, que permanece em construção⁴, tem encontrado adesão entre os operadores do Direito. De fato, como acentua ATIENZA (2012, p. 21), atualmente há uma maior preocupação dos juristas com os aspectos argumentativos de sua prática.

⁴ “Todas estas observações confirmam que há ainda um longo caminho a ser trilhado pela teoria da argumentação. Até agora seus esforços tinham sido direcionados quase que por completo na tarefa de mostrar que existe sim uma racionalidade prática complementar à racionalidade teórica. Cabe agora encontrar a forma através da qual se poderá aplicar essa racionalidade satisfatoriamente, o que implicará, inclusive, a ampliação do próprio âmbito de análise de que tradicionalmente as teorias da argumentação têm se ocupado. O desenvolvimento de uma teoria da argumentação é, talvez, um dos maiores desafios que o pensamento jurídico deverá enfrentar, como tarefa a desempenhar, neste século que se inicia.” (CELLA, 2001, p. 256-257.)

Várias razões confluem para que os estudiosos do Direito tenham maior interesse no estudo da argumentação hodiernamente do que parecem ter feito antes. É possível, contudo, reunir essas causas em cinco grandes fatores, conforme nos aponta ATIENZA:

Os juristas, definitivamente, preocupam-se em maior medida hoje com os aspectos argumentativos de sua prática do que parecem ter feito anteriormente, por uma série de fatores que, em essência, se reduzem a cinco, quais sejam: 1) as teorias do Direito mais características do século XX tenderam, por diversas razões das quais logo se falará, a descuidar dessa dimensão do Direito. 2) A prática do Direito – especialmente nos Direitos do Estado Constitucional – parece consistir, de maneira relevante, em argumentar e as imagens mais populares do Direito (por exemplo, o transcurso de um julgamento) tendem igualmente a que se destaque essa dimensão argumentativa. 3) As mudanças que se estão produzindo nos sistemas jurídicos contemporâneos (sobretudo, a constitucionalização do Direito) parecem levar a um crescimento em termos quantitativos e qualitativos da exigência de fundamentação e de argumentação das decisões provenientes dos órgãos públicos. 4) Um ensino do direito mais prático deveria estar voltado para o manejo – essencialmente argumentativo, do material jurídico, e não tanto para o simples conhecimento dos conteúdos de um sistema jurídico. 5) Na sociedade contemporânea temos assistido a uma perda da importância da autoridade e da tradição como fontes de legitimidade do poder; em seu lugar tem-se imposto o consentimento dos que são por ele afetados, a democracia; mas a democracia, sobretudo a democracia deliberativa, que não se identifica simplesmente com a lei da maioria, exige cidadãos capazes de argumentar racional e competentemente com relação as ações e as decisões da vida em comum. (ATIENZA, 2012, p. 21).

Do conjunto acima exposto, depreende-se que a teoria da argumentação jurídica objetiva corresponder adequadamente às exigências da prática judicial dentro de um Estado Democrático de Direito, que está edificado sobre o alicerce constitucional.

Em verdade, a dimensão argumentativa do Direito é privilegiada diante da textura aberta das normas constitucionais, na qual a interpretação que lhes deve ser atribuída deverá, em grande medida, ser aferida considerando-se diversos aspectos normativos, e até extranormativos, apresentados ao julgador por meio de argumentos, sobre os quais ele deve pronunciar-se.

Da mesma forma, a relevância de tais decisões, muitas delas dotadas de efeito vinculante ou com aptidão para se repetir em diversas demandas, impõe uma maior

responsabilidade do jurista ao fundamentar suas opiniões, sobre o risco de que o poder de julgar seja exercido de forma puramente autoritária.

Além disso, o profissional do Direito que pretenda atuar nesse contexto deverá, necessariamente, saber manusear o material jurídico que dispõe utilizando-se de uma boa técnica argumentativa. A definição da norma jurídica que se extrai a partir do texto normativo é realizada através de uma verdadeira disputa hermenêutica, na qual aquele que não sabe apresentar bons argumentos é um guerreiro sem armas.

Outro aspecto relevante é o fato de a argumentação, assim como ocorreu no contexto ateniense e romano, assumir destacada importância prática nos regimes democráticos atuais, nos quais o debate público é valorizado. Nesse cenário, as decisões da vida em comum exigem a atuação de cidadãos capazes de argumentar racionalmente, a fim de que a prática deliberativa não se degenere em simples ditadura majoritária, mas propicie um ambiente favorável ao intercâmbio comunicativo sério entre os membros da comunidade política.

Dessa forma, percebe-se uma íntima conexão entre a adoção do Estado Democrático de Direito e a crescente preocupação com o caráter argumentativo da disciplina jurídica. Ao analisar essa relação, NEIL MACCORMICK observa que, à primeira vista, parece haver certa contradição entre essas duas definições (MACCORMICK, 2008, p. 21-23).

Com efeito, o Estado de Direito prima pela segurança jurídica dos cidadãos, aos quais garante a submissão de todas as leis previamente determinadas. De outro lado, o caráter argumentativo do Direito permite que o sentido das normas possa sempre ser questionado, gerando uma tensão advinda da imprevisibilidade do resultado ao qual poderá chegar este diálogo argumentativo.

Entretanto, o autor termina por rechaçar essa impressão preliminar, constatando que, por mais diligentes que sejam aqueles que elaboram previamente as normas gerais para o

ordenamento jurídico, é ínsito ao Direito a existência de uma margem de dúvida razoável. Assim, a certeza do Direito é sempre uma certeza excepcionável (*defeasible*) e, portanto, sujeita a mudanças, até porque os princípios da ampla defesa e do contraditório exigem que seja possível às partes questionar as razões que se invocam contra elas.

Nesse ponto, considerando que a certeza jurídica é sempre questionável, o caráter argumentativo do Direito possibilita o controle racional das decisões que estão sendo implementadas, tornando-se um dos mecanismos de proteção do *Rule of Law* ao impedir a adoção de conclusões não fundamentadas ou fundamentadas de forma inadequada, que seriam, ao fim, puramente voluntaristas.

A esse respeito, concluiu o autor:

No final das contas, é preciso reconhecer que a representação original do princípio do Estado de Direito como antítese do “Caráter Argumentativo do Direito” consistia em uma afirmação equivocada da ênfase que esse princípio daria à certeza do Direito. Ela não é o único valor presente no Estado do Direito, ainda que consista em um benefício que as pessoas legitimamente esperam que os legisladores e juízes lhes confirmem na maior medida possível. Todo o cuidado do mundo deve ser aplicado na preparação dos materiais que se constituem em fontes do Direito por parte de legisladores, parlamentares e juízes, esses últimos em sua tarefa de escrever decisões que procurem estabelecer conclusões ou razões de decidir com caráter exemplar. Não importa quanto cuidado seja aplicado, contudo, as formulações de regras que esses materiais fornecem como base para a ação governamental destinada a efetivar direitos públicos ou privados serão sempre sujeitas a alteração, e, algumas vezes, serão de fato alteradas pelos questionamentos levantados pela defesa. A certeza do Direito é, portanto, uma certeza excepcionável (*defeasible*), sujeita a mudanças. Essa natureza provisória e excepcionável da certeza acaba não sendo, afinal de contas, algo que contrasta com o Caráter Argumentativo do Direito, mas algo que comunga de um fundamento comum com esse caráter. Esse fundamento é a concepção do direito de defesa construída dentro da ideologia do Estado de Direito, compreendido como proteção contra a ação arbitrária dos governos. (MACCORMICK, 2008, p. 38).

Por todos esses motivos, é possível perceber que a perspectiva adotada pela teoria da argumentação jurídica, enquanto abordagem que privilegia o caráter argumentativo do Direito, oferece as bases necessárias ao desenvolvimento de um trabalho como o presente, o

qual pretende analisar aspectos da prática jurídica em um Estado Democrático de Direito, a fim de identificar problemas e soluções dentro de uma racionalidade possível.

Não há dúvida de que todos os aspectos envolvidos no problema da justificação e aplicação das decisões judiciais podem ser mais bem compreendidos sob essa perspectiva, inclusive a específica problemática relativa ao uso dos precedentes judiciais, cujo estudo se desenvolverá adiante.

1.2 O argumento no Direito

1.2.1 A estrutura do argumento

Após as considerações anteriores acerca do caráter argumentativo do Direito e da pertinência da abordagem oferecida pela teoria da argumentação jurídica para o desenvolvimento deste trabalho, buscaremos agora compreender de que forma se apresenta o argumento na prática judicial.

Acerca do tema, valioso é o estudo do filósofo britânico STEPHEN TOULMIN (2001), que utilizou como suporte, para o desenvolvimento de seu estudo da argumentação geral e da lógica, a analogia com o Direito.

Segundo observa o autor, “*a Lógica (pode-se dizer) é jurisprudência generalizada. Os argumentos podem ser comparados a processos judiciais; e as alegações que fazemos e os argumentos que usamos para „defendê-las“, em contextos extralegais, são como as alegações que as partes apresentam nos tribunais*” (TOULMIN, 2001, p.10).

A partir desta premissa, TOULMIN elabora um raciocínio que ultrapassa as pretensões da lógica formal dedutiva, pela qual a argumentação só poderia ser compreendida em termos exatos, como na matemática ou na geometria. Assim, a “lógica informal” do autor dimensiona sua preocupação não apenas nos moldes do rigor silogístico, mas procura encontrar um modelo de argumento que operacionalize a defesa de boas razões no campo das questões éticas, submetidas ao crivo do “Tribunal da Razão” (TOULMIN, 2001, p.11).

Dessa forma, o *layout* do argumento toulmaniano é construído a partir de categorias inferidas da prática argumentativa no contexto dos debates judiciais. Há, portanto, uma observação empírica do argumento em uso, sobre o qual se elabora uma sistematização racional que objetiva explicar como se desenvolve a argumentação em contextos ligados à razão prática.

A primeira constatação advinda desta observação é que todo argumento veicula uma alegação, ou conclusão (C), que expressa o entendimento sobre o qual pretendemos convencer alguém. Assim, a conclusão do argumento é a afirmação (ou negação) que contém a resolução que se propõe à questão apresentada.

Contudo, esta assertiva que apresentamos em nossa argumentação é suscetível a questionamentos. Por certo, em um debate argumentativo, é lícito aos interlocutores indagar o que nos faz crer que a resposta oferecida é adequada ao problema. Nesse caso, a primeira defesa que se pode invocar em favor do argumento são os dados (D)⁵ nos quais ele se fundamenta.

⁵ “Suponhamos que façamos uma asserção e por ela nos comprometamos com a alegação que toda asserção envolve necessariamente. Se esta alegação for desafiada, teremos de ser capazes de estabelecê-la - isto é, de prová-la e de mostrar que era justificável. Como isto deve ser feito? A menos que a asserção tenha sido feita de modo totalmente irrefletido e irresponsável, normalmente teremos alguns fatos que poderemos oferecer para apoiar nossa alegação; se a alegação é desafiada, cabe a nós recorrer àqueles fatos e apresentá-los como o fundamento no qual se baseia nossa alegação” (TOULMIN, 2001, p. 139, grifo acrescido).

Os dados são, nessa análise, os fatos da realidade que motivam a conclusão. Utilizando o exemplo do próprio autor (TOULMIN, 2001, p.146), imaginemos que nos seja dado como conclusão (C) a afirmação que “Harry é súdito britânico”. Nesse caso, indagaríamos a quem afirma quais as razões pelas quais ele acredita que sua alegação esteja correta. Em resposta, quem apresenta o argumento poderia invocar como defesa o fato de que “Harry nasceu nas Bermudas”. A relação entre o dado da realidade e a conclusão do argumento poderia ser assim representada:

Harry nasceu nas Bermudas (D) → *então*, Harry é súdito britânico (C)

Contudo, o argumento obviamente não poderia ser considerado acabado. O interlocutor poderia propor um novo tipo de questionamento, não mais indagando acerca dos dados que sustentam a conclusão, mas perquirindo a respeito da pertinência entre estas duas assertivas. Nesse momento, espera-se que seja acrescido ao argumento um novo elemento, que funcione como garantia (G) de que é possível passar dos fatos à conclusão de forma válida.

A garantia apresenta-se como uma premissa geral e explanatória, conferindo solidez à argumentação e explicitando a transposição racional de um pólo ao outro do argumento. No exemplo aqui adotado, poder-se-ia invocar como garantia uma regra geral segundo a qual “Um homem nascido nas Bermudas será, em geral, súdito britânico”, conferindo ao argumento a seguinte estrutura:

Harry nasceu nas Bermudas (D) →
↓ *então*, Harry é súdito britânico (C)

já que, Um homem nascido nas Bermudas será, em geral, súdito Britânico (G)

Até aqui, o resultado obtido é bastante similar ao modelo silogístico. Contudo, ao considerar em paralelo a prática judicial, é possível prosseguir no desenvolvimento de novos elementos.

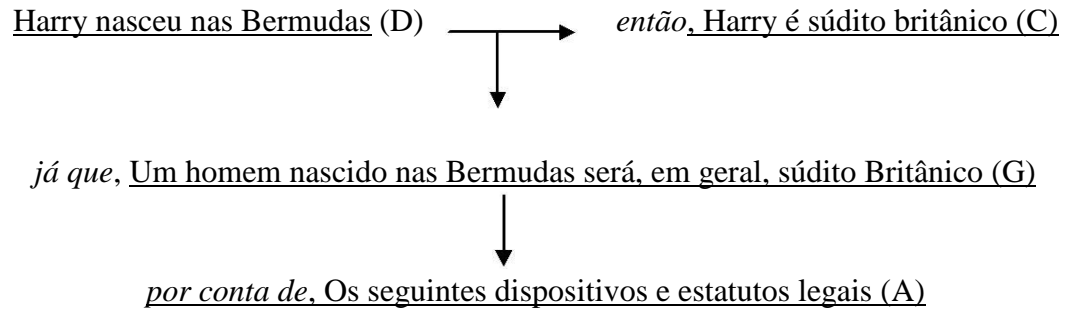
Com efeito, uma vez apresentada a garantia, o interlocutor poderá construir indagações acerca dela própria. É possível questionar, por exemplo, a veracidade e a validade da garantia apresentada. O problema, então, passa a ser: por que motivo um homem nascido nas Bermudas é, em geral, súdito Britânico? Em resposta, aguarda-se que o argumento seja fortalecido por meio de apoios (A).

Os apoios asseguram a autoridade e a vigência da garantia.⁶ Eles são os avais que nos permitem introduzir a garantia de forma segura no debate argumentativo. Cada garantia pode valer-se de diversos apoios, em geral vinculados ao campo de conhecimento específico no qual se desenvolve a argumentação. No caso do Direito, os apoios podem ser leis, entendimentos doutrinários, precedentes e etc.

No nosso exemplo, invocaremos como apoio, de forma genérica, os estatutos e dispositivos legais que asseguram aos nascidos nas Bermudas a cidadania britânica. Em um contexto real, caberia a quem argumenta determinar tais disposições, oferecendo quantos apoios fossem necessários até afastar qualquer dúvida razoável em relação à garantia.

O argumento desenvolvido assumiria a seguinte configuração:

⁶ “Como este exemplo nos lembra, por trás de nossas garantias normalmente haverá outros avais, sem os quais nem as próprias garantias teriam autoridade ou vigência. Estes avais podem ser tomados como o apoio (B) das garantias. Esse apoio de nossas garantias tem de ser investigado com muito cuidado; temos de esclarecer precisamente que relações há entre ele e os nossos dados, nossas alegações, as garantias e as condições de refutação, pois qualquer confusão nesse ponto pode nos criar problemas mais adiante” (TOULMIN, 2001, p.148, grifo acrescido.)

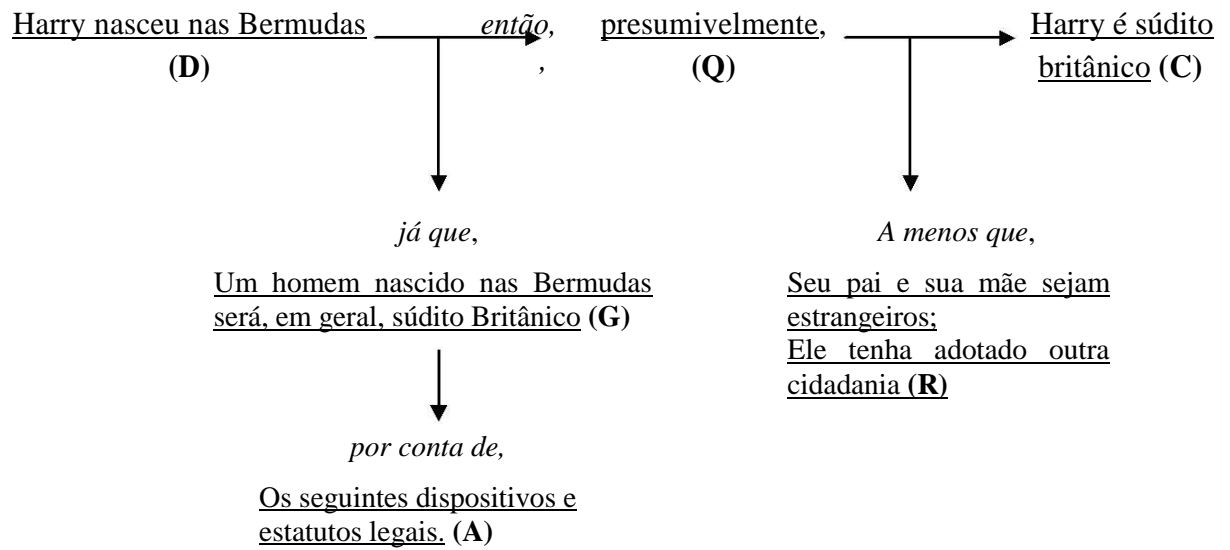


Por fim, dois outros componentes completam a estrutura do argumento pensado por TOULMIN. Conforme observa o filósofo, “*pode acontecer de não bastar que especifiquemos nossos dados, garantia e alegação; pode ser preciso acrescentar alguma referência explícita ao grau de força que nossos dados conferem à nossa alegação em virtude de nossa garantia.*” (TOULMIN, 2001, p. 145).

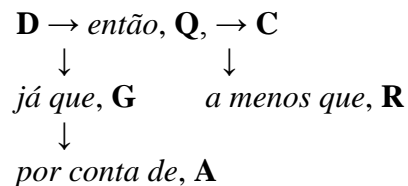
A estrutura argumentativa pensada nos moldes aqui expostos permite que se insiram qualificadoras (Q) no argumento, possibilitando que se aponte o maior ou menor grau de certeza da conclusão. Ao contrário do silogismo clássico, no qual o argumento somente é válido quando suas premissas *necessariamente* conduzem à conclusão, o modelo toulmaniano permite que o argumento seja apresentado em graus diferentes de certeza, com o auxílio de palavras qualificadoras como *provavelmente*, *presumivelmente* ou *certamente*.

De outro lado, é possível acrescentar ao argumento algumas condições negativas, ou seja, hipóteses que, caso verificadas, afastam a conclusão. Esta estratégia fortalece a argumentação, uma vez que esclarece e elimina situações que poderiam comprometer a fiabilidade do argumento. A essas hipóteses, que excepcionam a garantia, denominamos Condições de Refutação (R).

Considerando estes últimos aspectos, o argumento exemplificativo acerca da cidadania de Harry pode ser assim sintetizado:



Abstraindo o caso utilizado como exemplo, a estrutura do argumento terá o seguinte esqueleto básico:



Os benefícios de se utilizar esta estrutura como modelo para a argumentação jurídica são evidentes. O *layout* apresentado comporta satisfatoriamente a maior parte dos problemas que o enfrentamento de um problema jurídico pode apresentar, deixando uma ampla margem de atuação para o operador do Direito desenvolver suas razões.

O padrão argumentativo proposto por TOULMIN é fiel à realidade prática do Direito, de modo que certamente será útil aos esforços que serão empreendidos no curso deste

trabalho. Assim, ao referir-nos ao argumento no decorrer desta investigação, teremos sempre em ótica a estrutura do argumento toulmaniano.

1.2.2 Os tipos de argumentos

Embora o *layout* do argumento seja bastante genérico e abrangente, os argumentos utilizados no Direito oferecem suas razões a partir de enfoques distintos. Nesse sentido, ao agruparmos as argumentações mais comuns no campo jurídico, é possível categorizar determinados tipos de argumentos que apresentam especial relevância para as decisões judiciais, entre os quais se destacam aqueles que lidam diretamente com a dúvida acerca do sentido das normas aplicáveis aos problemas jurídicos.

NEIL MACCORMICK denomina estes argumentos como sendo “argumentos sobre a interpretação”⁷. A esse respeito, o autor adota a compreensão de que a palavra interpretação deve ser entendida em seu sentido estrito, ou seja, como “*ato de perceber alguma dúvida quanto ao sentido ou aplicação adequada de alguma informação, e de formar um julgamento de modo a resolver essa dúvida por meio de uma decisão que se mostra mais razoável no contexto.*” (MACCORMICK, 2008, p. 162).

Diante de dúvidas acerca da compreensão dos textos dotados de autoridade e do correto sentido das normas que daí se extraem, existem basicamente três categorias de argumentos a serem invocados, conforme expõe MACCORMICK:

⁷ “Questões de interpretação no sentido definido anteriormente [sentido estrito] são endêmicas ao Direito, porque diferenças nas relações jurídicas podem se transformar em diferenças na compreensão dos textos legais ou de outros textos vinculantes. As pessoas têm razões para procurar os pontos duvidosos e resolvê-los de uma forma ao invés de outra. Assim, os argumentos destinados a sustentar uma entre duas interpretações rivais de um mesmo texto são onipresentes” (MACCORMICK, 2008, p. 162.)

As categorias de argumentos interpretativos são, primeiro, aqueles que recorrem ao próprio contexto lingüístico como fonte de razões para preferir uma interpretação a outra (**argumentos “lingüísticos”**); segundo, aqueles que olham para o sistema jurídico como sendo o contexto especial do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto dentro de seu contexto (**argumentos “sistêmicos”**); terceiro, aqueles que olham para os objetivos ou finalidades do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto a partir de suas finalidades (**argumentos “teleológico-avaliativos”**). (MACCORMICK, 2008, p. 165, grifo acrescido).

A categoria dos argumentos lingüísticos caracteriza-se pelo recurso, freqüentemente utilizado pelos juristas, de invocar o “sentido claro” das expressões usadas na linguagem ordinária. Isto porque é facilmente compreensível que o contexto básico de qualquer enunciado é a linguagem à qual ele pertence.

Apesar de normalmente taxados de formalistas ou legalistas, argumentos desta espécie possuem motivações avaliativas respeitáveis. Valorizando-se o sentido ordinário das expressões é possível que os cidadãos leiam com confiança os textos normativos a partir de sua compreensão imediata, evitando que os juízes atribuam, de forma aleatória e retrospectiva, novos sentidos às palavras empregadas pelo legislador, em prejuízo à segurança jurídica dos cidadãos (MACCORMICK, 2008, p. 167).

Os argumentos teleológicos, por seu turno, pressupõem que nenhuma lei surge por acidente, mas volta-se para a existência de um “defeito” preexistente no Direito, distorção que o texto normativo procura corrigir. Assim, um bom argumento para preferir determinada interpretação ao invés de outra é avaliar se a decisão escolhida possibilitará que se atinjam os objetivos da reforma efetivada (MACCORMICK, 2008, p. 175-182).

Trata-se aqui, sem dúvida, de uma argumentação consequencialista. Contudo, é preciso entender este tipo de consequencialismo em sentido distinto daquele em que o termo é usualmente empregado. Conforme acentua MACCORMICK, argumentos desta espécie

exigem que o intérprete se esforce para encontrar o “telos” imputado à norma pelo legislador, tarefa que implicará diversos problemas práticos e cuja discussão certamente ultrapassa os limites desse trabalho (MACCORMICK, 2008, p. 175ss).

Por fim, há a categoria dos argumentos sistêmicos, sobre a qual temos especial interesse, por ser nela que se inserem os argumentos a partir de precedentes.

Os argumentos sistêmicos, como se infere diretamente da nomenclatura, propõem que cada texto normativo seja compreendido em seu contexto como parte integrante de um sistema jurídico, dentro do qual é possível determinar seu real sentido, pois é o contexto todo que se mostra importante.⁸ Dessa forma, todos os aspectos do sistema jurídico podem ser argüídos neste tipo de argumentação, não se afigurando possível enumerar uma lista exaustiva dos argumentos que compõem essa categoria. Todavia, alguns exemplos mais comuns podem ser observados.

Entre os argumentos sistêmicos mais comuns encontra-se a invocação de princípios gerais. Com efeito, a argumentação a partir de princípios gerais reforça a busca pela coesão das disposições normativas, conferindo integridade ao sistema jurídico. De outro lado, são também comuns os argumentos conceituais, os quais defendem que qualquer conceito jurídico geral reconhecido e elaborado conceitualmente deve ser interpretado de forma a manter o uso consistente do conceito em todo o sistema jurídico. É possível citar, ainda, a argumentação sistêmica por analogia, que se fundamenta no entendimento de que se uma disposição legal for significativamente análoga a outra existente no sistema, ambas devem ser interpretadas de forma similar (MACCORMICK, 2008, p. 172).

⁸ “A parte faz sentido no contexto do todo, e a lei é um elemento do sistema jurídico como um todo. Na nossa tipologia, os „argumento sistêmicos” são aqueles que funcionam no sentido de prover uma compreensão aceitável do texto legal particularmente em seu contexto como parte do sistema jurídico” (MACCORMICK, 2008, p. 170, grifo acrescido).

Os argumentos a partir de precedentes igualmente adotam a perspectiva de que a interpretação dos textos normativos deve levar em consideração o sistema jurídico como um todo. A esse respeito, salienta MACCORMICK:

Os argumentos a partir de precedentes dizem que se uma disposição legal tiver sido anteriormente submetida à interpretação judicial, ela deverá ter que ser interpretada de acordo com a interpretação dada anteriormente por outras cortes. [...] Como sempre, a referência a um precedente depende de doutrinas sistêmicas particulares sobre quando os precedentes são vinculantes, quando são persuasivos apenas, e a respeito de quais elementos são tanto vinculantes quanto persuasivos. (MACCORMICK, 2008, p. 171).

Há um forte apelo à integridade da interpretação adotada dentro do sistema jurídico quando se invoca um argumento que se apóia em um precedente. Atualmente, esta prática argumentativa está presente, de forma variada, em todos os ordenamentos jurídicos que se tem conhecimento, sendo também recorrente nos tribunais brasileiros.

Não obstante sua recorrente utilização no contexto judicial, a argumentação por precedentes reclama a análise de diversos pontos controversos, aspectos centrais desta investigação. Em verdade, nos capítulos seguintes buscaremos adentrar no emaranhado teórico justificador dos precedentes judiciais como argumentos válidos na prática jurídica. Além disso, observaremos os aspectos deste problema no contexto específico do sistema jurídico brasileiro.

2. TEORIA ARGUMENTATIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL

2.1 Fundamentos teóricos para o uso do precedente

Como procuramos demonstrar no capítulo anterior, a prática jurídica é, essencialmente, uma prática argumentativa. Dessa forma, o precedente se insere no contexto de aplicação do Direito como um instrumento de persuasão, ou seja, um argumento.

De fato, quando qualquer parte invoca em seu favor um precedente, ou até mesmo quando o próprio julgador refere-se aos precedentes de tribunais superiores em suas decisões, o objetivo é que este elemento exerça sobre seus interlocutores um efeito de convencimento. Com isso, é forçoso concluir que a uma teoria do precedente judicial que seja compatível com os pressupostos até aqui adotados deverá ser, necessariamente, uma teoria argumentativa do precedente, que consiga fixar parâmetros que auxiliem os operadores do Direito a utilizar esta espécie argumentativa.

A esse respeito, observa BUSTAMANTE:

Evidencia-se, portanto, a importância metodológica de se buscar uma teoria não meramente descritiva do argumento por precedentes, mas *normativa* ou *argumentativa*, no sentido de ser capaz de fixar certos critérios para julgar ou avaliar a correção da aplicação de determinado precedente a um caso concreto. (BUSTAMANTE, 2012, pág XXIV).

Com efeito, o uso do precedente pressupõe, de um lado, a existência de um arcabouço doutrinário do direito positivo que determine a autoridade que devemos atribuir aos precedentes judiciais. Contudo, além das prescrições positivas, é imperiosa a existência de um entendimento teórico dos precedentes e dos conceitos essenciais à sua correta interpretação e aplicação (MACCORMICK, 2008, p. 194).

Em verdade, todo sistema jurídico que utiliza o precedente judicial necessita de uma teoria do precedente que lhe sirva de fundamento científico. O grau de desenvolvimento e conhecimento destes pressupostos teóricos entre os operadores jurídicos é o que determinará, em grande medida, o grau de correção da prática argumentativa a partir de precedentes e a sua legitimidade perante as exigências da argumentação racional.

Dessa forma, o precedente judicial somente pode ser compreendido a partir de duas vertentes que se conjugam: a autoridade e a razão. Se de um lado os preceitos do direito positivo conferem autoridade à argumentação por precedentes, é pelo domínio adequado de sua teoria que esta espécie argumentativa se justifica no campo da racionalidade. Assim, a inexistência desses pressupostos poderá conduzir, em um extremo, à reprodução autoritária e irrefletida de decisões arbitrárias e, no outro lado, à completa ineficiência de decisões bem fundamentadas.

2.1.1 Boas razões para a utilização do precedente

Ao justificar a utilização dos precedentes como argumento no Direito, MACCORMICK (2008; p. 191) aponta três bons motivos para valorizá-los: uma razão de justiça, a idéia de um sistema jurídico imparcial e a necessidade de economia de esforços.

A justiça, na acepção adotada pelo autor, impõe o dever de tratar casos iguais de forma igualitária e casos distintos de maneiras diferentes. Assim, identificando-se em novos casos a existência de semelhanças relevantes com julgamentos já realizados, devem as novas demandas, ao menos *prima facie*, serem decididas da mesma forma que as anteriores.

Em verdade, o traço mais importante deste raciocínio, ao contrário do que costumeiramente se escuta acerca da argumentação por precedentes, está no papel de destaque ocupado pela diferença. Como já é possível perceber, a utilização do precedente exigirá, além da existência de elementos fáticos e jurídicos semelhantes entre os casos em análise, a inexistência de expressivas circunstâncias distintivas.

Não por acaso, grande parte de qualquer teoria do precedente judicial irá se ocupar de institutos relacionados à inaplicabilidade de decisões anteriores ao caso em julgamento, tal como ocorre nas hipóteses de *overruling* ou *distinguish*. Dessa forma, a argumentação por precedentes não comporta apenas a invocação das decisões anteriores para solucionar o problema presente, mas o manejo deste material jurídico como um todo, inclusive para afastar sua aplicação frente à diversidade de situações.

O estudo comprometido do precedente se afasta completamente de uma apologia à homogeneização leviana das decisões judiciais, pois a idéia de justiça inerente à teoria argumentativa do precedente é impregnada pelo postulado da igualdade material. Por essa razão, impõe-se a demonstração da existência de uma diferença relevante para que seja possível a concessão de tratamento diferenciado, recaindo o ônus argumentativo sobre quem se opõe à aplicação de um precedente apresentado de forma válida.⁹

Outra razão indicada por MACCORMICK para justificar a utilização de precedentes é a idéia de um sistema jurídico imparcial, que está implícita em qualquer projeto de Estado Democrático de Direito.

⁹ “A exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Condição geral é que a argumentação seja justificável. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio da inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso.” (ALEXY, 2005, p. 265).

Um sistema jurídico imparcial deve dispensar o mesmo tratamento a todos e, para ser fiel ao Estado de Direito, é imperioso que “*se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para o outro*” (MACCORMICK, 2008, p. 191). Nesse aspecto, a argumentação por precedentes, quando bem manejada, desempenha um papel fundamental ao estabelecer parâmetros que protegem o sistema jurídico das inconsistências e incoerências geradas por estas variações casuísticas.

Aliás, como observa ALEXY (2005, p. 265-267), é certo que haverá decisões conflitantes entre os órgãos jurisdicionais, pois os limites que a racionalidade prática possui não permitem encontrar sempre e precisamente uma única resposta correta, existindo, portanto, uma considerável margem dentro do discursivamente aceitável. Diante dessa realidade, o precedente exerce uma importante função ao unificar o entendimento judicial e reduzir o espectro de resultados possíveis entre aquelas soluções que são racionalmente aplicáveis:

Do ponto de vista da teoria do discurso, a razão mais importante em prol da racionalidade do precedente que responda ao princípio da universalidade e de inércia deriva dos limites da argumentação prática geral. Como se mencionou anteriormente, as regras do discurso não permitem encontrar sempre precisamente um resultado correto. Com frequência resta uma considerável margem do discursivamente possível. Preencher esta margem com soluções mutáveis e incompatíveis entre si contradiz a exigência de consistência e o princípio da universalidade. A introdução da carga da argumentação a favor dos precedentes não pode, por outro lado, ser vista como uma contravenção das regras do discurso já que não exclui a possibilidade de não se seguir o precedente cuja máxima da decisão seja reconhecida como equivocada. A limitação da margem do discursivamente possível assim efetuada deve ser considerada, por isso, racional. (ALEXY, 2005, p. 266-267).

Portanto, a argumentação por precedentes funciona como mecanismo de coesão do sistema jurídico, colaborando para manutenção de sua imparcialidade e possibilitando um grau de previsibilidade entre aquelas soluções racionalmente possíveis para o caso concreto, o que se traduz em segurança jurídica para o jurisdicionado e obediência aos primados básicos do Estado Democrático de Direito.

O último dos motivos enumerados por MACCORMICK diz respeito à economia de esforços. Conforme ele ressalta, é pouco compreensível, do ponto de vista da eficiência, que juízes e advogados precisem se debruçar sobre os mesmos argumentos quando as condições para a aplicação do Direito forem idênticas as de outros casos já analisados.

Uma vez realizada a análise cuidadosa do problema jurídico pelo órgão julgador, em um debate argumentativo sério e preocupado, deve-se tomar a questão como resolvida de uma vez por todas, a não ser que se apontem novas razões substanciais que justifiquem a reanálise da matéria. Contudo, em se tratando de discussão circunscrita aos mesmos termos jurídicos e fáticos, e mantendo-se a coerência nas decisões judiciais, um novo debate irá inevitavelmente conduzir ao mesmo resultado, caminho que pode ser abreviado pela argumentação a partir do precedente.

Observa-se que a definitividade que se pretende atribuir ao julgamento realizado sobre a matéria versada no precedente judicial impede o prolongamento de discussões inférteis, que, além de potencialmente ameaçarem a integridade do Direito e favorecerem o casuísmo, também ocupam o tempo destinado ao processo decisório e obstaculizam a apreciação de novos problemas jurídicos.

Esta razão em defesa do precedente judicial possui uma forte ênfase na idéia de que a prestação jurisdicional deve ser oferecida em tempo hábil e com o dispêndio apenas dos recursos que sejam absolutamente indispensáveis à sua efetivação. Trata-se de uma preocupação institucional que se torna mais relevante na medida em que é ampliado o acesso ao Poder Judiciário, as relações jurídicas entre os indivíduos se multiplicam e os meios tecnológicos imprimem uma velocidade nas interações sociais que os órgãos jurisdicionais não conseguem acompanhar.

Ainda sobre os motivos que justificam a argumentação por precedentes, agora olhando sob a perspectiva da produção científica nacional, MARINONI (2011) defende a necessidade de valorização do precedente no sistema jurídico brasileiro com fundamento em diversas razões. As motivações apresentadas por este autor podem ser compreendidas como desdobramentos, em âmbito interno, das três grandes justificativas desenvolvidas por MACCORMICK (2008), como passamos a detalhar.

A razão de justiça, destacada anteriormente, aparece na obra do processualista através de uma preocupação quanto ao campo de incidência do princípio da igualdade na relação processual. Em seu ver, a doutrina brasileira desenvolveu-se bastante no que tange ao tratamento igualitário no momento do acesso ao judiciário (sobretudo quanto aos hipossuficientes) e no curso do processo judicial (paridade de armas entre as partes), porém há uma grave omissão em relação à igualdade dos jurisdicionados diante das decisões judiciais.¹⁰

Com efeito, ao cidadão deve ser garantido não apenas o direito a um processo pautado pela legalidade, mas também o direito a obter como resultado desse processo uma decisão racional e justa, sendo tratado de forma equânime pelo Poder Judiciário no momento em que ele soluciona o problema jurídico e aplica a solução ao caso concreto. É decorrência lógica da igualdade de todos perante a lei a igualdade de todos perante a interpretação que é feita da lei.

Contudo, a ausência de preocupação em respeitar os precedentes leva o Judiciário a deixar de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi imposto (MARINONI, 2011, p. 141). Daí porque a argumentação por precedentes funciona como um mecanismo de

¹⁰ Ainda sobre a relação entre justiça, igualdade e os precedentes judiciais, salienta TUCCI: “*A jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações assemelhadas são tratadas do mesmíssimo modo, e a democracia participativa exige a paridade de trato entre os membros da comunidade social. O tratamento desigual pelos tribunais é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos.*” (TUCCI, 2004, p. 296; grifo acrescido).

proteção e controle dos jurisdicionados frente a possíveis tratamentos desiguais que podem ser dispensados pelo Poder Judiciário, em seus diversos órgãos, sem qualquer justificativa aceitável.¹¹

Essa questão de justiça e igualdade é ainda mais relevante nos ordenamentos jurídicos modernos, nos quais os textos normativos positivam princípios e cláusulas gerais que acentuam sobremaneira o papel desempenhado pela interpretação judicial:

A passagem da técnica casuística, em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica de cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais. De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam sobre a lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão- essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem de contar com estabilidade. (MARINONI, 2012, p. 587, grifo acrescido).

Noutro vértice, como já dito, a argumentação por precedentes contribui para a estabilização de um sistema jurídico imparcial. A sistematicidade e a imparcialidade são dois atributos desejáveis em qualquer prática jurídica que se desenvolva sob o apanágio do Estado Democrático de Direito.

Estas duas qualidades conjugadas permitem que as respostas judiciais às demandas apresentadas mantenham uma coerência orgânica, que é o próprio objetivo de um sistema judiciário estruturado a partir de instâncias que se sobrepõem hierarquicamente e cuja dinâmica se desenvolve por meio da interposição de recursos aos órgãos superiores, como ocorre no Brasil. Contudo, *“inexiste coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual.”* (MARINONI, 2011, p. 171.).

¹¹ A esse respeito, acrescenta MARINONI: *“Não obstante, se o administrador tem a sua atividade estritamente regulada pela igualdade e se o legislador certamente não pode editar leis que procedam a desequiparações infundadas, o Judiciário, no sistema brasileiro, submete-se à igualdade apenas no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo.”* (MARINONI, 2011, p. 141).

Da mesma forma, por ser um sistema imparcial, portanto não aleatório ou casuístico, é que o sistema jurídico deve possibilitar aos membros da sociedade orientar suas condutas de acordo com os resultados desejados, estabilizando as expectativas dos cidadãos quanto às consequências decorrentes de seus atos. Assim, não é possível que a prática jurídica ignore o importante papel que as decisões dos tribunais desempenham na ordem social e, por consequência, no processo argumentativo de justificação de decisões posteriores acerca do mesmo tema.

Nesse aspecto, a argumentação por precedentes também deve ser valorizada pela sua interação com diversas outras esferas sociais, as quais são diretamente impactadas pela insegurança jurídica gerada por decisões contraditórias dos tribunais. Exemplificativamente, pertinentes são as considerações de TUCCI acerca do diálogo entre o precedente judicial e a esfera comercial:

Os cidadãos baseiam as suas opções não apenas nos textos legislativos vigentes, mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos. A uniformidade da jurisprudência integra o cálculo de natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre um pressuposto inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfico jurídico-comercial: uma mudança abrupta e não suficientemente justificada da orientação pretoriana solapa a estabilidade dos negócios. (TUCCI, 2004, p. 296, grifo acrescido).

Por fim, a argumentação por precedentes traz consigo o benefício da economia de esforços, o que na realidade judicial brasileira significa uma alternativa ao grave problema da morosidade judiciária e do acúmulo de processos nos tribunais.¹²

¹² A título de exemplo, em 2012, mais de 400.000 (quatrocentos mil processos) encontravam-se sobrestados em todo país, aguardando decisão de Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Uma análise completa sobre a matéria pode ser encontrada em: http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario#_ftn12 (Acesso em 24/08/2014).

Como decorrência da estabilização de expectativas por meio de uma aplicação sólida e responsável dos precedentes, é possível que os jurisdicionados sopesem melhor seus riscos e oportunidades em recorrer ao Poder Judiciário, estimulando o abandono de ações cujo prognóstico é desfavorável e favorecendo a autocomposição dos litígios por meio de acordos e negociações extrajudiciais.

Em verdade, ao saber de uma forma mais clara qual resposta o Estado-juiz provavelmente lhes dará e ciente de que o fator sorte não exercerá maior influência sobre o resultado da demanda, os litigantes são incentivados a procurar alternativas mais atrativas, rápidas e baratas para a resolução de suas disputas além daquelas oferecidas pelo Judiciário.

Outro aspecto atrelado a esta economia de esforços é a racionalização do uso de recursos aos tribunais. Quando os órgãos inferiores não respeitam a orientação dos tribunais mais elevados, as partes são obrigadas a recorrer apenas para que o tribunal superior faça valer o seu posicionamento, o qual se sabia, desde o início, que iria prevalecer por força da organização hierárquica (MARINONI, 2011, p. 185). Esse modelo absolutamente ineficiente e protelatório causa sérios entraves à célere prestação jurisdicional.

Ilustrativamente, um estudo realizado pelo Centro de Justiça e Sociedade (FGV Direito- RIO), indicou que, dentro do universo amostral de decisões investigadas, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar *habeas corpus* nos anos de 2008-2012, “o TJ/SP é responsável por quase 50% de todas as impetrações perante o STJ e apresenta uma taxa de concessão bem superior às dos demais tribunais de segunda instância.” (AMARAL, 2014, p. 45).

Diante desse quadro, o coordenador do projeto de pesquisa em epígrafe, THIAGO BOTTINO, observou a relutância do Tribunal de Justiça de São Paulo em observar os precedentes firmados pelos tribunais superiores e lançou uma interessante indagação: “o STJ

*está concedendo tantos HCs porque os ministros são bonzinhos, ou porque eles já examinaram esse tema, já firmaram uma jurisprudência e os tribunais de baixo não estão cumprindo?”*¹³

Entre as descobertas alcançadas pelo estudo está a constatação de que boa parte das questões jurídicas levadas ao exame dos tribunais superiores decorre do fato de que os tribunais de segunda instância não aplicam os entendimentos pacificados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Essas decisões dos tribunais superiores demoram a ser incorporadas pelos magistrados, gerando insegurança jurídica e alimentando a espiral de processos no Poder Judiciário.

Dessa forma, concluiu a pesquisa, não obstante a liberdade do magistrado para apreciar as ações submetidas ao seu julgamento, quando as questões de interpretação controversas forem enfrentadas pelos órgãos superiores do Poder Judiciário, a não aceitação dos precedentes lá firmados colaborará para o congestionamento e a ineficiência de todo sistema judicial:

No entanto, amadurecidas essas questões nos diferentes tribunais do país, o sistema depende da uniformização da jurisprudência pelos tribunais superiores. E uma vez que esses tribunais se manifestam também de forma reiterada sobre determinada questão jurídica, a saúde do sistema passa a depender da replicação desse entendimento pelos órgãos de primeira e segunda instância. A pesquisa indica que parte do congestionamento dos tribunais superiores decorre de ações que pretendem somente a aplicação de entendimentos já pacificados. (AMARAL, 2014, p.101, grifo acrescido).

Como se vê, o desprestígio aos precedentes impõe um expressivo custo ao sistema judicial brasileiro, implicando desperdício de tempo e de recursos materiais que certamente poderiam ser mais bem empregados. O desenvolvimento e a difusão de uma

¹³ Entrevista disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-18/entrevista-thiago-bottino-professor-direito-fgv-rio>. Acesso em 06-06-2014.

adequada teoria argumentativa do precedente judicial na realidade nacional são fundamentais para uma prestação jurisdicional eficiente e apta concretizar o postulado da razoável duração dos processos insculpido no rol constitucional dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.¹⁴

2.1.2 *Críticas à argumentação por precedentes*

Ressaltados os principais elementos justificadores da argumentação por precedentes, é necessário expor e enfrentar, ainda que brevemente, as principais objeções levantadas pelos críticos dessa espécie argumentativa.

De início, apresenta-se o questionamento acerca de um possível “engessamento” do Direito em virtude da utilização recorrente de precedentes judiciais. Aos que se preocupam com este aspecto, pode parecer que a aplicação de precedentes impediria o desenvolvimento da jurisprudência, tornando o direito imobilizado apesar do transcurso do tempo. Contudo, esta crítica parte da premissa, há muito superada, de que o precedente, uma vez fixado, não poderia ser alterado (MARINONI, 2011, p. 190).

Ocorre que, como já adiantado, a modificação dos precedentes judiciais no decorrer do tempo é fenômeno previsível e esperado, razão pela qual grande parte de qualquer teoria acerca do tema dedica grande parte de sua investigação a possibilitar que essa mudança ocorra dentro de parâmetros razoáveis. Assim, o efeito de paralisação do desenvolvimento do Direito pode ser bem mais identificado com uma má aplicação dos precedentes (ou ausência de domínio técnico para isto) do que com a utilização da argumentação por precedentes em si mesma.

¹⁴ “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (Art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Com efeito, apesar da grande discussão que já existiu acerca da (im)possibilidade de alteração do entendimento firmado em precedentes judiciais no *common law*,¹⁵ não há mais qualquer discordância entre os estudos em ambas as tradições jurídicas. A mudança da orientação jurisprudencial oriunda do exame de um *leading case* é admitida sem maiores dificuldades, desde que a parte que deseje a superação do posicionamento firmado anteriormente se desincumba de seu ônus argumentativo e ofereça boas razões para a alteração.

Ressalte-se, ainda, que, ao contrário do alegado “engessamento” jurídico, a argumentação por precedentes dissipa discussões estéreis acerca de matérias já decididas e valoriza os debates sobre argumentos novos e substanciais, colaborando para a dinâmica discursivamente contínua do Direito, que é inerente ao seu caráter argumentativo.

Portanto, longe de obstaculizar o desenvolvimento judicial e o surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais, a correta utilização dos precedentes propicia uma prática judicial favorável a discussões mais sérias, que certamente possuem maior relevância para desdobramento do Direito.

De outro lado, há forte corrente que critica a argumentação por precedentes em razão de uma suposta violação à separação dos poderes, originada na idéia de que não pode o Poder Judiciário editar normas que possuam eficácia geral, tarefa constitucionalmente atribuída ao legislador, circunscrevendo-se a atuação judicial ao âmbito do caso concreto.

¹⁵ “Lembre-se que, por largo período de tempo (1886-1966), na Inglaterra, a House of Lords entendeu estar irremediavelmente obrigada a respeitar as suas decisões passadas. Em 1886, quando do julgamento de *London Tramways v London County Council*, a Câmara deixou claro que jamais poderia deixar de observar seus precedentes. Este precedente passou a ser visto, por assim dizer, como uma “imunidade” contra o overruling.

[...] Mais da metade do século passado foi necessário percorrer para a Câmara dos Lordes poder afirmar o contrário, ou seja, que os precedentes deveriam ser revogados diante da transformação da sociedade. O célebre *Practice Statement* de 1966 afirmou que a House of Lords poderia passar a contrariar os seus precedentes quando isso lhes parecesse correto (*depart from a previous decision when it appears right to do so*), tendo sido anotado, na sua justificação, que os Lordships „reconhecem que uma aderência muito rígida aos precedentes pode levar à injustiça em um caso concreto e também restringir excessivamente o devido desenvolvimento do direito”. (MARINONI, 2011, pág. 190-191).

O enfrentamento desta oposição começa pelo resignificação da separação dos poderes nos Estados constitucionais modernos. Importante lição acerca do tema foi escrita pelo Tribunal Constitucional Português (PORTUGAL, 1993) ao analisar a constitucionalidade dos “assentos”, definidas pelo Código Civil lusitano como sendo “*doutrina com força obrigatória geral*”¹⁶. Embora os “assentos” não possam ser considerados precedentes em sentido estrito, a discussão travada em torno desse instituto ilumina as nuances da interação entre Legislativo e Judiciário na contemporaneidade.

Naquele julgamento, firmou-se a compreensão de que os tribunais não podem deixar de interpretar as leis quando as aplicam, não sendo a atividade jurisdicional meramente declaratória, mas interpretativa em sentido substancial. Dessa forma, a utilização dos “assentos” como fonte interpretativa do Direito pelos tribunais e juízes é possível na medida em que este comando não se revista do caráter geral próprio do ato legislativo, uma vez que destinado exclusivamente aos órgãos judicantes inferiores, não invadindo, portanto, a esfera de atuação do legislador.

De fato, à semelhança dos “assentos”, por mais abrangente que seja a *ratio decidendi* de um precedente ou por mais hierarquicamente superior que seja o tribunal do qual ele emana, nenhuma decisão judicial alcançará o grau de generalidade, abstração e autonomia que possui o texto legislativo.¹⁷ Enquanto a lei pode regular qualquer situação que lhe pareça necessária, o precedente dependerá sempre da provocação das partes e não poderá tratar de situações abstratamente, estando circunscrito às circunstâncias dos casos apresentados ao

¹⁶ O referido dispositivo hoje se encontra revogado pelo Decreto-lei 329-A/95.

¹⁷ A generalidade da lei deve ser aqui compreendida como a capacidade de atingir diretamente o jurisdicionado. O precedente e as súmulas, em geral, são uma orientação dirigida de um órgão superior do Poder Judiciário aos seus órgãos inferiores, atingindo o jurisdicionado de forma reflexa. Da mesma forma, tanto o precedente quanto a súmula surgem da análise de um caso concreto (ou vários, no caso das súmulas). Contudo, problema específico do ordenamento jurídico brasileiro é a súmula vinculante, a qual normativamente possui atribuição para vincular não apenas os órgãos do Poder Judiciário, mas também a administração pública direta e indireta. Por se tratar de instituto bastante peculiar do direito brasileiro, suas características e particularidades serão tratadas no Capítulo 3, destinado a observação específica do uso do precedente na prática brasileira.

Poder Judiciário. Além disso, o legislador sempre poderá legislar contra o precedente, ocasionando, se não a superação da decisão anterior, ao menos uma árdua discussão no âmbito judicial.

Portanto, a adoção do argumento a partir de precedentes uniformiza o entendimento do Judiciário acerca de um problema jurídico sem, contudo, comprometer a atividade legiferante ou extrapolar os limites da jurisdição, de forma a permitir que o poder-dever de julgar possa ser mais bem exercido devido à unidade interpretativa entre os juízes.

Além do já exposto, existe uma linha contrária à utilização dos precedentes que apresenta razões estritamente processualísticas, argumentando que diversos pressupostos do processo civil brasileiro são violados pela utilização dos precedentes judiciais, notadamente a garantia do juiz natural, a independência do juiz e garantia de acesso à justiça (MARINONI, 2010, p. 204-212).

A idéia de que o princípio do juiz natural impede que o magistrado utilize precedentes em suas decisões é falácia que pode ser facilmente afastada. De fato, ao longo do processo, a parte se sujeitará a diversas autoridades judiciais, todas elas informadas pela máxima do juiz natural. Em última análise, por exemplo, o juiz natural de todos os jurisdicionados, em se tratando de interpretação da lei federal, será o Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, tentar fugir do entendimento firmado por aquela corte superior em seus precedentes é, em verdade, tentativa de esquivar-se do juiz natural da questão.

Da mesma forma, a independência do juiz também não é comprometida pelo adequado respeito aos precedentes, uma vez que este princípio deve ser compreendido, no que tange à interpretação normativa, como se referindo à independência do Poder Judiciário e não do magistrado singularmente considerado. Com efeito, “*o juiz não está vinculado à lei estrita senão ao Direito, âmbito em que se inserem os precedentes.*” (ROSITO, 2012; p. 163).

A esse respeito, a Corte Constitucional Colombiana, reafirmando a importância do precedente judicial para os sistemas jurídicos em geral e o respeito que os juízes devem ter pelas decisões anteriores, declarou que *“é natural que, em um Estado de Direito, os cidadãos esperem que os seus juízes continuem interpretando as normas da mesma maneira, razão pela qual é válida a exigência de um respeito por suas decisões prévias”* (COLÔMBIA, 1999).¹⁸

Em relação ao acesso a justiça, o argumento é igualmente frágil, uma vez que acesso à justiça certamente não significa o direito de ser julgado por um magistrado descomprometido com o Poder Judiciário e com as decisões dele emanadas. Em verdade, a estabilidade propiciada pelo precedente evita que a parte tenha sempre que recorrer ao Judiciário para solucionar seus conflitos e, quando isso for necessário, reduz os custos que são impostos aos litigantes.

A esse respeito, ressalta MARINONI:

A vinculação aos precedentes, ao invés de negar, fortalece o direito de acesso à justiça. Ora, não há como admitir decisões várias e contraditórias a um mesmo caso – a previsibilidade e a estabilidade são imprescindíveis. A previsibilidade elimina a litigiosidade, evitando a propositura de demandas em um ambiente aberto a soluções díspares, que, inevitavelmente, desgastam e enfraquecem o Poder Judiciário.

De outro lado, obrigar ao respeito aos precedentes elimina as despesas e todos os transtornos advindos de uma litigiosidade desnecessária, como é aquela que obriga a parte, cujo direito é respaldado no precedente, a interpor recurso para ter o seu direito efetivamente tutelado. Afinal, se existe algo que viola o direito de acesso à justiça, o seu lugar está na imposição do ônus de a parte desnecessariamente litigar para ter o seu direito protegido. Isso viola, de forma inocultável, os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo. (MARINONI, 2010, p. 211-212).

¹⁸ “...es natural que, en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respecto por sus decisiones previas.” (COLÔMBIA, 1999.)

Assim, a utilização do argumento fundado em precedentes também não compromete os princípios orientadores do processo civil brasileiro, não se afigurando suficientes as críticas feitas a esta prática argumentativa por esse viés.

A última das críticas que merece ser aqui anotada refere-se a uma suposta usurpação irrefletida do modelo decisório típico do *commom law* no sistema jurídico brasileiro, de tradição continental. A resposta a esta questão demanda uma análise mais detida do desenvolvimento histórico da argumentação por precedentes em ambas as tradições jurídicas e de sua influência na prática jurídica atual.

De fato, o traço distintivo na formação dessas duas tradições jurídicas, ambas de origem européia, reside na experiência de cada uma delas ao recepcionar o direito romano. Enquanto o continente vivenciou, a partir dos séculos XI e XII, uma “recepção expressa” (BUSTAMANTE, 2012, p. 03-04) das fontes romanas e de sua grande herança metodológica, a idéia de codificação, a prática inglesa permaneceu atrelada ao direito feudal de origem normanda, recepcionando as fontes romanas de forma muito menos intensa.¹⁹

Isto posto, já é possível estabelecer uma diferença fundamental entre o *commom law* e o método de argumentação e decisão fundamentado no respeito aos precedentes, o *stare decisis*. Conforme esclarece MARINONI (2011, p. 33-35), a experiência jurídica do *commom law* existiu por vários séculos sem a idéia de precedentes judiciais, surgindo muito tempo antes de alguém se preocupar com tais questões. Com efeito, a aceitação da autoridade do

¹⁹ Acerca da resistência inglesa ao direito romano: “Mas como se explica, afinal, esse „insucesso” do direito romano na Inglaterra? Segundo HESPAÑA, ao direito romano, tido como „papista”, se opunha (tanto por reação corporativista quanto por defesa ao „direito do reino”) o velho direito feudal de origem normanda [...]. Esse direito, denominado de common law, era ainda concebido como o fundamento e título de toda propriedade, de sorte que a sua modificação significava motivo de perturbação social e política bastante grande. Assim, o common law acabou por transformar-se em uma espécie de direito constitucional, garantia de direitos dos súditos (principalmente os de propriedade). Some-se a isso o fato de que a polêmica entre o civil law e o common law, que já tinha conotação religiosa, assumiu, depois da Reforma Anglicana, também um caráter político (cabendo aos parlamentares a defesa do common law).” (DRUMMOND et al, 2011, p. 49-50).

precedente é idéia relativamente recente no direito inglês e a concepção de precedentes vinculantes (*binding precedents*) é mais recente ainda.²⁰

Deste modo, não se justifica a conclusão de que a valorização da argumentação por precedentes seja prática inerente ao *common law* e, portanto, incompatível com os sistemas jurídicos de tradição continental. Não por acaso, em linha pretéritas, destacamos decisões das cortes constitucionais de Portugal e da Colômbia versando sobre precedentes, ambos os países de tradição *civil law* que experimentam problemas acerca dessa temática. Assim, o que se observa na contemporaneidade não é uma usurpação irrefletida do *stare decisis*, mas uma convergência de perspectivas teóricas entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais.²¹

Constata-se, sem dúvida, a redução da centralidade do Código na tradição *civil law*²², além do evidente rompimento da visão ingênua de que a lei poderia, por si só, assegurar a igualdade e a segurança jurídica no sistema. Nesse contexto, a atual conjuntura exige um árduo trabalho hermenêutico do julgador, o qual se depara frequentemente com textos legais com campo de interpretação possível bastante amplo:

Dessa forma, percebe-se claramente que a contemporaneidade exige uma maior atividade criativa dos juízes da tradição do *Civil Law* quando da aplicação do direito, que mesmo permanecendo em grande medida codificado, possui notórias aberturas interpretativas. Operou-se no seio da tradição de *Civil Law*, assim, adequada modificação quanto ao papel judicial, de modo que do juiz requer-se criatividade ante a incessante força construtiva dos fatos, verdadeiro “direito vivo” que voluntariamente emerge do seio social. (DRUMMOND et al, 2011, p. 41, grifo acrescido).

²⁰ Em verdade, uma sistematização mínima de teoria do precedente surge apenas em meados do século XVI, ao passo que a idéia de vinculação dos precedentes aparece apenas no século XIX. (TUCCI, 2004, p. 155-160).

²¹ Na Alemanha, por exemplo, país de tradição *civil law*, constatou-se que cerca de 97% das decisões judiciais fazem referência a precedentes (BELL, 1996, p. 1.248).

²² Entre as principais razões para esse fenômeno de “descodificação” são apontados a densificação da atividade legislativa, formando um aglomerado de leis sem muita sistematização; a centralidade da constituição e de suas cláusulas abertas no Estado contemporâneo; e a globalização do direito com a multiplicação de organismos supranacionais. (Ver: DRUMMOND et al, 2011, p. 73-75).

Diante desta realidade, a experiência do *common law* com o manejo dos precedentes é uma alternativa de abordagem para lidar com o árduo trabalho interpretativo que se atribui, em uma democracia constitucional, também ao juiz do *civil law*. Nenhum julgador, seja qual for sua nacionalidade, pode mais esconder-se sobre o manto do legalismo e se auto-declarar irresponsável por suas decisões, afirmando estar realizando “mera” subsunção lógica da norma abstrata à situação concreta.

Pelo exposto, observa-se que os benefícios que a convergência destas duas tradições jurídicas pode trazer ao sistema judicial brasileiro na operacionalização da argumentação por precedentes estão amplamente demonstrados, sobretudo tendo em vista o papel proeminente que as decisões judiciais vêm ocupando também nos países de tradição *civil law*²³, não se encontrando, até aqui, crítica suficiente para obstar esse aprendizado possível e recomendável em nossa prática forense.

2.2 Problemas de justificação das normas derivadas dos precedentes judiciais

A técnica da argumentação por precedentes pode ser compreendida a partir de dois momentos distintos. Primeiramente há a criação do precedente, com o julgamento do *leading case* e o ingresso no mundo jurídico da decisão que servirá como argumento em discussões posteriores. Posteriormente, com a afirmação do precedente, ocorrerá a sua aplicação em outros julgamentos.

²³ Sobre a importância das decisões judiciais pretéritas nos países de tradição *civil law*, argumenta René David: “Para visualizar con mayor exactitud la importancia de la jurisprudencia como fuente de derecho, en lugar de concentrar el análisis en las fórmulas recurridas por los autores y considerar las obras de la doctrina, debe desplazarse el análisis en otros factores: la existencia y el desarrollo de las compilaciones o repertorios de la jurisprudencia. Estas compilaciones y repertorios no han sido elaborados y escritos para recreación de los historiadores del derecho o de los sociólogos, ni para el placer de los lectores; han sido destinados a los juristas practicantes y sólo se explican en la medida en que la jurisprudencia es, una verdadera fuente de derecho; su cantidad y calidad reflejan la importancia que posee la jurisprudencia como fuente del derecho en la familia romano-germánica.” (DAVID et al, 2010, p. 97).

Por esse motivo, adotando a divisão proposta por BUSTAMANTE (2012, p. 249-532), passaremos a analisar os problemas relacionados à argumentação por precedentes sob duas óticas:

a) “*problemas de justificação das normas derivadas de decisões judiciais*”, englobando as questões relacionadas à formação do precedente: o grau de vinculatividade da decisão, a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e a superação do precedente (*overruling*).

b) “*problemas de aplicação dos precedentes judiciais*”, abordando a temática referente à diferenciação de casos em análise (*distinguish*) e à aplicação do precedente por analogia.

De início, no tocante aos problemas de justificação das normas derivadas de decisões judiciais, é preciso abordar a recorrente inquietação acerca do grau de vinculatividade dos precedentes, em especial no ordenamento jurídico brasileiro.

Discorrendo sobre a questão, MACCORMICK (1998, p. 181) aponta a existência de três tipos ideais de argumentação por precedentes. O primeiro refere-se à utilização do precedente como um “exemplo esclarecedor” de como deve ser resolvido o mesmo problema jurídico, que já foi anteriormente apreciado. É também possível utilizar o precedente como um “modelo exemplificador de um princípio”, quando se procura, a partir do caso concreto, definir o sentido e o alcance de um princípio abstrato. Por fim, há o precedente “formalmente vinculante”, no qual se define uma regra jurídica a partir do argumento central do precedente (*ratio decidendi*), a qual deverá ser aplicada por todos os órgãos jurisdicionais inferiores.

Entre nós, a doutrina assinala, em geral, a existência de duas categorias: os precedentes persuasivos, cuja observância não é obrigatória, mas que possuem grande peso no convencimento da argumentação; e os precedentes vinculantes (ou obrigatórios), cuja

observância decorre de um dever jurídico explicitamente determinado pelo legislador (TUCCI, 2004, p. 268-279; ROSITO, 2012, p. 115-130; MARINONI, 2008, p. 111-120).

Oportunamente, ao tratarmos dos mecanismos de utilização da argumentação por precedentes no direito brasileiro, observaremos como estas duas categorias estão presentes na prática jurídica nacional. Contudo, por ora, apenas destacamos que a discussão acerca do grau de vinculatividade do precedente, à luz de uma teoria argumentativa, tende a perder muito da relevância que se lhe tem atribuído.²⁴

Conforme já apontado, a argumentação por precedentes está fundamentada em uma fusão entre racionalidade e autoridade, ambas necessárias ao correto funcionamento de um sistema jurídico que valorize os precedentes judiciais. Todavia, ainda que ausente um regramento positivo que imponha a observância do precedente, a própria razão prática, em virtude de todos os argumentos já expostos, confere ao precedente uma autoridade justificadora.

Em verdade, a pretensão de que o sistema jurídico seja racional exige que o Direito seja aplicado de forma universalista e imparcial, o que implica observância aos precedentes judiciais. Nesse sentido, defende BUSTAMANTE:

Devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem Direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar Direito, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria idéia de “razão prática”. Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do direito positivo. (BUSTAMANTE, 2012, p. 254).

²⁴ “Sergio Chiarloni reitera a importância dos precedentes, anunciando que a diferença entre o caráter vinculante dos precedentes anglo-saxões e o caráter persuasivo de que são dotados no sistema romano-germânico tende a desaparecer.” (PAGANINI, 2011)

Ressalte-se, por oportuno, que não nos opomos aos esforços de normatização do uso do precedente e de sua institucionalização dentro do processo civil brasileiro, como é defendido por respeitáveis vozes nacionais (MARINONI, 2010, p. 521-523; BARBOSA, 2012, p. 264-265). Todavia, é possível depreender, sob a perspectiva lançada pela teoria da argumentação jurídica, que o principal motivo para observar os precedentes decorre de sua racionalidade e dos sólidos argumentos existentes a favor deste tipo de argumento, os quais lhe conferem especial eficácia na justificação de decisões judiciais.

Ultrapassada a questão do grau de vinculatividade, passa-se a análise dos elementos constitutivos do precedente: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

Conforme conceitua MACCORMICK, a *ratio decidendi* pode ser entendida como “uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão do caso”. (MACCORMICK, 2008, p. 203).

Dessa definição, extraem-se dois pontos essenciais para que um argumento pertença às *rationes decidendi* de um precedente: 1) ser apresentada como justificação, implícita ou explícita, pelo órgão jurisdicional; 2) solucionar uma questão jurídica cuja resolução seja necessária para o julgamento do caso.²⁵

A definição dos argumentos centrais da decisão judicial a partir da qual se desenvolve a argumentação por precedentes é fundamental para se delimitar o que deve ser utilizado no raciocínio jurídico (BUSTAMANTE, 2012, p. 259). De fato, é a partir das *rationes decidendi* que o operador do Direito poderá manejar seu argumento, defendendo que

²⁵ Admitimos, como leciona MacCormick, ser possível que uma decisão possua múltiplas *rationes*, sobretudo porque “um juiz pode achar necessário formular uma solução em mais de um ponto em questão.” (MACCORMICK, 2008, p. 203).

no novo caso em julgamento são aplicáveis, ou não, os mesmos fundamentos que conduziram o Judiciário a decidir caso idêntico nesse ou noutro sentido.

Por outro lado, os argumentos acessórios (*obiter dicta*), são considerações e compreensões do julgador que, embora possam ter íntima relação com a questão em análise, não dizem respeito especificamente ao problema jurídico que está sendo decidido ou cuja decisão tenha sido requerida naquele caso concreto.²⁶ Isto é, são pronunciamentos incidentais que não possuem influência direta na solução da controvérsia e, portanto, não são pertinentes à argumentação por precedentes.

Todavia, as *obiter dicta* podem veicular importantes argumentos aptos a serem empregados em outros debates judiciais a partir de diferentes estratégias argumentativas.²⁷ Com efeito, a utilização das razões acessórias em casos posteriores não se justifica pela igualdade de tratamento dos jurisdicionados perante o Poder Judiciário, uma vez que esse fundamento não foi efetivamente aplicado na solução do problema jurídico anterior. Porém, é possível utilizar um desses pronunciamentos incidentais na formulação de argumentos a partir de princípios, por analogia e etc.

De toda a sorte, uma vez identificada a *ratio decidendi* como o argumento (ou conjunto de argumentos) central e determinante para a resolução do problema jurídico, retomamos o *layout* de argumento apresentado no capítulo anterior para identificar os elementos que a compõem.

²⁶ Sobre as *obiter dicta*, anota ROSITO: “Atendo-se ainda à análise da fundamentação, o *obiter dictum* é considerado, por exclusão, toda a parte da decisão que não corresponde à *ratio decidendi*, ou seja, a parte não essencial da decisão, consistindo em argumentação marginal, aporte conceitual ou simples opinião” (ROSITO, 2012, p. 112).

²⁷ É certo que, em alguns casos, as *obiter dicta* podem abordar de forma bastante detida questões jurídicas relevantes, embora não essenciais, para o deslinde do julgamento. Essa argumentação marginal que se aproxima da *ratio decidendi* é chamada de *judicial dictum* ou *grátis dictum*, possuindo um efeito persuasivo bastante forte que certamente poderá ser explorado pelos operadores do Direito na construção de seus argumentos.

Com efeito, a argumentação por precedentes veicula em seu núcleo uma conclusão exarada em julgamento anterior acerca da mesma matéria e sob as mesmas condições fáticas. Assim, ao manejar o precedente em uma nova discussão jurídica, advogados e juízes objetivam justificar a aplicação da *ratio decidendi* daquele julgamento pretérito ao novo caso em apreço. Dessa forma, argumentar por precedentes nada mais é que apresentar na discussão em curso um argumento jurídico já referendado judicialmente.

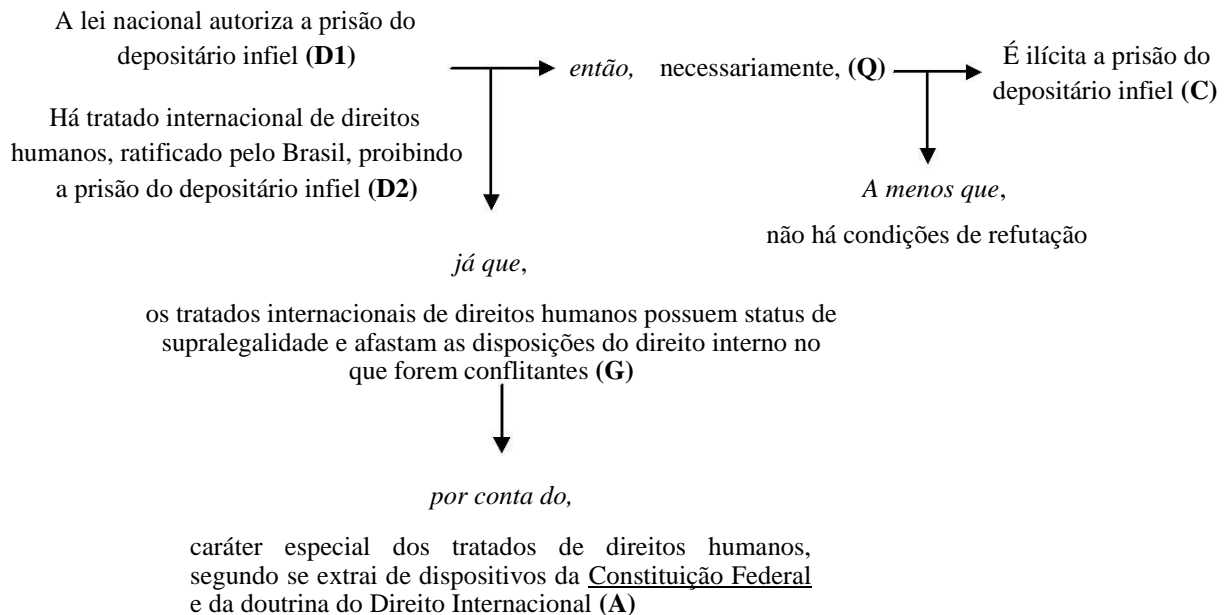
Portanto, a *ratio decidendi* é um argumento que se translada de um debate argumentativo para outro por meio da argumentação por precedentes, expediente que não desfaz a configuração estrutural do argumento central, que engloba, como já dito, dados (D), garantia (G), apoios (A), qualificadoras (Q), condições de refutação (R) e conclusão (C).

Exemplificativamente, tomemos em tela o julgamento do RE 349.703 pelo Supremo Tribunal Federal, o qual firmou um precedente cuja *ratio decidendi*, argumento necessário e indispensável à conclusão, pode ser formulada sinteticamente como “os *tratados internacionais de direitos humanos possuem status de supralegalidade e afastam as disposições do direito interno no que forem conflitantes*”.

Observa-se que o argumento central do precedente judicial citado, apresentado em sua forma resumida, veicula apenas a garantia (W) do argumento, ou seja, a premissa geral que se extrai da decisão, o que já seria suficiente para orientar a aplicação deste precedente em casos similares.

Contudo, é possível que determinados casos futuros demandem uma compreensão mais aprofundada da *ratio decidendi* do precedente, o que conduziria ao desdobramento da

forma simplificada de argumento à sua forma completa, a qual pode ser validamente representada como:²⁸



Esta percepção de que a *ratio decidendi* possui a forma de um argumento jurídico toulmaniano e, por essa razão, apresenta seus particulares elementos constitutivos, é extremamente útil do ponto de vista prático, pois esclarece o mecanismo argumentativo que o profissional do Direito deverá operar ao desenvolver a argumentação por precedentes e auxilia na solução de, pelo menos, duas questões pertinentes.

Em primeiro lugar, supera-se a discussão de saber se os fatos compõem ou não a *ratio decidendi* do precedente. Em verdade, os dados (D), que são os acontecimentos da realidade sobre os quais incidem a conclusão (C), efetivamente integram o argumento e,

²⁸ Observa-se que a conclusão (C) do argumento central deste precedente tornou-se o enunciado sumular vinculante n.º 25 do Supremo Tribunal Federal.

portanto, a *ratio decidendi*, ainda que muitas vezes estes dados fáticos apareçam subentendidos.

De fato, a partir do conceito de dados adotado por Toulmin, conclui-se que o Judiciário jamais poderá se pronunciar sem tratar de fatos, nem mesmo naquelas ações que na doutrina pátria recebem o nome de controle abstrato, uma vez que um acontecimento da realidade sempre será necessário à formulação da conclusão.²⁹

Ademais, é possível depreender que, sendo a *ratio decidendi* um argumento nos moldes toulmanianos, o próprio precedente poderá veicular condições para a sua não aplicação ao explicitar condições de refutação (R). Ao pré-estabelecer estas condições negativas, ou seja, hipóteses que se presentes afastariam de imediato a conclusão do precedente, o órgão judicial que prolata a decisão institui um mecanismo de prevenção contra a utilização indevida daquele julgado em casos que, de plano, já se visualiza a ocorrência de relevante diferença jurídica (*distinguish*).

Porém, toda a teoria contemporânea de precedentes judiciais admite que, mesmo estabelecendo-se distinções entre os novos casos, pode ocorrer o momento em que o precedente se torne insustentável frente a uma nova conformação jurídica e/ou social. Não se trata mais de diferenciar os casos em análise, mas de reconhecer que são idênticos, contudo, agora, merecem tratamento jurídico distinto do que receberam anteriormente. Este é o último dos problemas de justificação das normas derivadas de decisões judiciais: a superação do precedente (*overruling*).

²⁹ Até mesmo no controle “abstrato” de constitucionalidade há um dado da realidade que desencadeia a intervenção da jurisdição constitucional, exemplificativamente: o município X editou lei em matéria penal ou o estado Y editou lei com vício de iniciativa.

Na obra de MARINONI (2011, p. 391), com citação de EISENBERG (1998, p. 104), defende-se que “*um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica*”.

Por congruência social entende-se a adequação do precedente aos padrões morais, políticos e de experiência que orientam a sociedade. De outro lado, a consistência sistêmica diz respeito à coerência entre o precedente e outras decisões judiciais, o que é comprometido pelo surgimento de diferenciações freqüentes e inconsistentes no sistema jurídico. Assim, o *overruling* dependeria, de um lado, da perda da congruência social e, do outro lado, do surgimento da inconsistência sistêmica.

Também em conformidade com EISENBERG (1998), porém em linhas mais detalhadas, ROSITO identifica quatro hipóteses principais que tornam o precedente obsoleto e, portanto, autorizam sua revogação, quais sejam:

a) a inovação legislativa (direito objetivo), seja por modificação, seja por revogação, implícita ou explicitamente; b) a inovação tecnológica ou mudança do estado da técnica em todas as fases da vida – métodos de produção, métodos bélicos, métodos político-administrativos etc.; c) a mudança de valores sociais e culturais; e d) o equívoco interpretativo desde o seu começo (“the case being wrongly decided”). (ROSITO, 2012, p. 308-309)

A primeira hipótese refere-se à alteração do mundo jurídico por ato de vontade do legislador, o que é especialmente relevante nos sistemas de tradição de *civil law*. A segunda e a terceira hipóteses estão mais próximas de uma alteração pautada nas mudanças do contexto sócio-político no qual a aplicação do Direito está inserida. Por fim, bastante controversa é a última hipótese, que indica uma falha na análise dos argumentos que subsidiaram o precedente, o que deve ser corrigido tão logo quanto possível, sob pena de trazer ainda mais insegurança jurídica ao sistema.

De toda forma, alinhamo-nos à afirmação do mesmo autor quando assume que a questão da superação dos precedentes é de tamanha complexidade que inexiste um estudo com solução completa a esse respeito. O ponto é vertiginoso, pois, tanto teórica como empiricamente, é impossível delimitar as hipóteses de revogação dos precedentes, sendo possível apenas a delimitação de alguns parâmetros à admissão do *overruling* e, a partir daí, uma tentativa de minimizar suas consequências (ROSITO, 2012, p. 310).

O que se sabe, com toda certeza, é que, ao revogar seus precedentes³⁰, a Corte que promove esta superação deve se desincumbir de um elevado ônus argumentativo, indicando com precisão os motivos da mudança na orientação pretoriana e assegurando que tais parâmetros são universalizáveis, de forma que o novo precedente, adotado em substituição ao anterior, possa ser aplicado nas situações vindouras que versem sobre o mesmo problema jurídico.

Encerrados os problemas concernentes à justificação das normas derivadas de precedentes judiciais, assim compreendidos como aqueles ligados diretamente à sua formação, compreensão e superação, doravante iremos deter-nos em torno de aspectos relativos à aplicação do precedente.

2.3 Problemas de aplicação dos precedentes judiciais

Os problemas de aplicação dos precedentes judiciais aparecem no momento em que, já definido um precedente e não sendo o momento de sua superação, a *ratio decidendi* do julgamento pretérito é agora invocada como argumento para a resolução de um novo caso.

³⁰ Entendemos que o precedente somente pode ser tido como superado quando a própria Corte que julgou o *leading case* efetuar o *overruling*. Contudo, admitimos a possibilidade deste processo de ruptura ser catalisado pela ação dos órgãos jurisdicionais inferiores, que verificando sinais de esgotamento e inadequação superveniente da orientação jurisprudencial, de forma justificada, poderão antecipar a decisão de superação do precedente (*antecipatory overruling*).

De fato, a partir dos argumentos centrais do precedente extrai-se uma regra a ser aplicada em casos que apresentem um problema idêntico ao que foi nele enfrentado. A partir dessa premissa, a aplicação do precedente seguirá o raciocínio subsuntivo (BUSTAMANTE, 2012, p. 467ss), verificando-se se os novos fatos correspondem àqueles que já foram considerados anteriormente e, portanto, devem receber o mesmo tratamento jurídico.

A argumentação por precedentes exige, inicialmente, que o profissional jurídico consiga identificar o fundamento central do precedente e extrair dessa *ratio decidendi* uma regra do caso particular que deva ser universalizada (raciocínio indutivo). Em seguida, uma vez obtido o comando normativo do precedente, é necessário transportar essa regra geral para outro caso particular (raciocínio subsuntivo). Nesse processo de transladação da *ratio decidendi* é que surgem os problemas de aplicação dos precedentes judiciais.

O resultado esperado, quando a argumentação por precedentes é adequadamente invocada e o precedente escolhido não apresenta problemas de justificação, é que a nova demanda seja resolvida de forma semelhante, com a aplicação da regra dele extraída. Porém, a argumentação desenvolvida pode apresentar problemas estruturais que impeçam a aplicação do precedente invocado, notadamente a completa inexistência de identificação entre os casos e a existência de diferenças relevantes (*distinguish*).

A inexistência completa de identificação ocorre quando as circunstâncias do novo caso não apresentam qualquer semelhança com aquelas tratadas no precedente, em nenhum aspecto possível. Nessa hipótese, verifica-se verdadeiro manuseio falacioso da argumentação por precedentes, na qual a própria premissa invocada na argumentação encontra-se dissociada do problema jurídico analisado.

Exemplificativamente, consideremos que em determinado julgamento um tribunal entenda que não é cabível o pagamento de indenização por dano moral quando uma

construtora atrasa a entrega de imóvel adquirido por meio de financiamento imobiliário. Imaginemos, ainda, que em julgamento posterior esse precedente seja invocado em nova demanda jurídica, porém versando sobre o pagamento de indenização decorrente dos lucros cessantes na mesma situação.

Ora, o problema jurídico versado em um e noutro julgamento é absolutamente distinto. A utilização do precedente firmado no primeiro julgamento para solucionar a segunda hipótese constitui uma falácia de precedente. Nesse caso, não se trata sequer de promover uma diferenciação entre os casos (*distinguish*), uma vez que esta operação exigiria uma identificação ao menos aparente entre os problemas em análise, mas de afastar um argumento absolutamente impertinente para o deslinde da controvérsia.

Porém, considerando que a argumentação por precedentes tenha sido adequadamente invocada e que o caso em análise corresponda, à primeira vista, àquele tratado no *leading case*, surge a possibilidade de que a avaliação da aplicabilidade da regra derivada do precedente indique a existência de elementos juridicamente relevantes que não foram por ele abrangidos. A constatação dessa diferença é o que se denomina *distinguish*.

Com precisão, MARINONI define o *distinguish* como sendo “a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, um caso sob julgamento a um precedente” (MARINONI, 2011, p. 327). Assim, esta operação objetiva demonstrar as diferenças fáticas e jurídicas entre os casos em comparação, terminando por declarar-se que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento (MARINONI, 2011, p. 329).

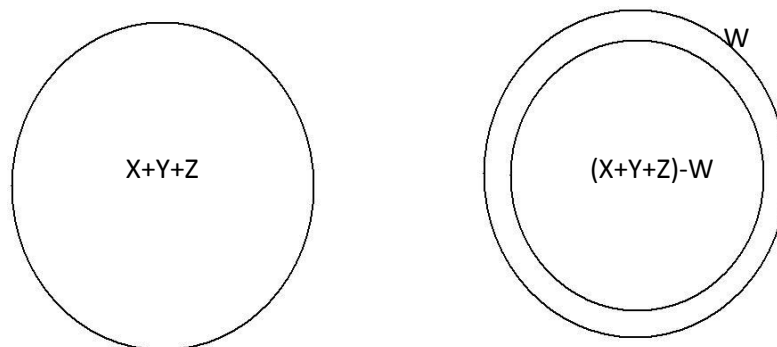
Essencialmente, existem duas formas básicas de se efetuar o *distinguish*: a redução teleológica e o argumento *a contrario* (BUSTAMANTE, 2012, p. 470).

Por redução teleológica compreende-se a criação de exceções nas hipóteses de incidência do precedente. Ocorre, nesse caso, uma redução na área semântica da regra jurídica

excepcionada e, portanto, uma diminuição do universo de situações compreendidas em seu campo de aplicação.

Verifica-se a redução teleológica, por exemplo, quando um precedente inicialmente concebido para tratar todas as hipóteses nas quais estivessem presentes os elementos X, Y e Z mostra-se inaplicável em uma determinada situação porque, além dos elementos citados, constata-se também a presença do elemento W. Assim, sendo W um elemento juridicamente relevante, sua presença no caso concreto superveniente o torna diferente daquele que deu origem ao precedente, de forma que a argumentação pautada no precedente deve ser afastada.

De forma visual, a redução no campo de incidência do precedente pode ser assim apresentada:



Como se vê, na redução teleológica são identificadas circunstâncias adicionais às contidas no precedente, os quais afastam sua incidência no caso particular, objetivando tratar de forma igual apenas aqueles casos que o sejam substancialmente e, de forma diferente, os casos cuja assimetria justifique adequadamente o tratamento diferenciado.

Ressalte-se, contudo, que a aceitabilidade do *distinguish* também está subordinada ao cumprimento de uma considerável carga argumentativa, que recai sobre aquele que

sustenta a existência da diferenciação. De fato, o uso inadequado desta técnica acaba por gerar distinções infundadas e irreais, com o único objetivo de afastar o precedente invocado por mero inconformismo da solução que ele veicula.³¹

Portanto, a efetivação de uma diferenciação exige prudência e a adoção de critérios justificáveis racionalmente, pois não é qualquer diferença frívola que possui o condão de autorizar o afastamento da regra decorrente do precedente e o tratamento diferenciado de casos concretos. Acerca destes critérios pelos quais deve estar pautada a admissão de tratamento excepcional, sugere BARROSO:

A doutrina registra que um tratamento diferenciado deve ser examinado sob três enfoques sucessivos, para aferir sua legitimidade constitucional, a saber: (i) em primeiro lugar, é preciso identificar o fator de *discrimen* escolhido pela norma para saber se tal elemento corresponde a uma diferenciação real, relevante e objetivamente existente entre as pessoas, situações ou coisas; (ii) em segundo lugar, é preciso que haja um nexo racional e razoável entre a diferença das situações - demarcada pelo elemento de *discrimen* - e o tratamento diferenciado aplicado (razoabilidade interna); e (iii) em terceiro lugar, ainda que seja racional e razoável o tratamento diferenciado, ele deve estar em consonância com os princípios protegidos pela Constituição Federal (razoabilidade externa). (BARROSO, 2009, p. 19).

A outra forma de afastar a aplicação do precedente ao caso concreto por meio de diferenciação consiste na adoção do argumento *a contrario*. Em síntese, este tipo de alegação não exige a criação de uma exceção à regra derivada do precedente judicial, mas interpreta a referida diretiva em sentido estrito e exclui do seu âmbito de incidência todas as situações que não estejam explicitamente nela previstas.

Um exemplo de interpretação *a contrario* bastante citada na literatura pátria diz respeito à conclusão alcançada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 492, no qual

³¹ “Na tradição anglo-saxônica, o *distinguish* tem sido a hipótese mais freqüente de não aplicação dos precedentes, a ponto de consistir preocupação quanto ao seu excessivo uso, pois, não raro, são traçadas distinções infundadas e irreais, o que acaba violando o precedente sem expressamente revogá-lo. Isso porque, duas situações não são nunca perfeitamente identificáveis no mundo real. Por isso, o uso excessivo desta técnica pode comprometer a autoridade inerente à teoria dos precedentes, comprometendo a sua funcionalidade.” (ROSITO, 2012, p. 302-303).

se chegou à conclusão de que não compete à Justiça do Trabalho decidir demandas entre a Fazenda Pública e os servidores públicos regidos pelo Regime Jurídico Único. Interpretando-se essa orientação de forma restritiva, depreende-se, *a contrario sensu*, que todas as demais controvérsias entre o Poder Público e os trabalhadores em geral devem ser submetidas à Justiça do Trabalho (BUSTAMANTE, 2012, p. 496).

É importante notar que o argumento *a contrario* é, na maioria das vezes, um argumento inválido, segundo a lógica formal clássica, como nos seguintes exemplos:

A: *O dano moral gera direito à indenização.*

B: *Não houve dano moral.*

Logo, a contrario sensu:

C: *Não há direito à indenização.*

A: *Recursos intempestivos não devem ser conhecidos pelo Tribunal.*

B: *O recurso é tempestivo.*

Logo, a contrario sensu:

C: *O recurso tempestivo deve ser conhecido.*

Como se pode ver, a utilização falaciosa do argumento *a contrario* termina por inserir na conclusão algo que não pode ser diretamente extraído de suas premissas. No exemplo acima, é certo que o simples fato da inexistência de dano moral não implica a ausência do dever de indenizar, o qual pode derivar da ocorrência de outras lesões. Da mesma forma, a circunstância de ser tempestivo o recurso não significa que ele deve ser conhecido, tendo em vista a possibilidade da existência de outros óbices que afastem essa conclusão.

Assim, de acordo com a advertência de BUSTAMANTE, a utilização do argumento *a contrario* para efeito de *distinguish* exige que a primeira premissa seja uma condição necessária e suficiente para a conclusão (implicação recíproca) ou que, ao menos,

ela seja necessária para a conclusão (implicação intensiva). Fora dessas hipóteses, a utilização do raciocínio *a contrario* será de pouquíssima utilidade, pois este tipo de argumento somente possui real efeito quando a não-realização da premissa implicar, por si só, a não realização das consequências (BUSTAMANTE, 2012, p. 491-495).

Contudo, como se pode perceber no exemplo relativo à ADI 492 e à incompetência da Justiça do Trabalho para julgar ações envolvendo servidores públicos (*a contrario sensu*, a competência para julgar todas as demais ações envolvendo prestação de serviços para o Poder Público), a relação de implicação recíproca ou intensiva entre a premissa e a conclusão não está contida no próprio precedente, mas decorre do sistema jurídico como um todo, o qual apresenta premissas implícitas no que tange à consideração do que deve ser considerado norma geral e o que deve ser tido como norma excepcional.

No caso, a validade da argumentação *a contrario* em torno do precedente firmado na ADI 492 só é possível porque há, no ordenamento jurídico nacional, uma regra geral que desloca para a competência da Justiça do Trabalho todas as ações que envolvam prestação de serviço remunerado, contínuo e pessoal. Desse modo, as ações envolvendo servidores públicos, apesar de preencherem todos esses requisitos, constituem uma exceção.

Portanto, afastando-se a regra excepcional por meio de um *distinguish* a partir do argumento *a contrario*, a discussão acerca do precedente resulta em sua não-aplicação ao caso concreto, sem, todavia, subtrair sua validade e autoridade.

Uma última questão atinente aos problemas de aplicação das normas derivadas dos precedentes judiciais possui conotação diversa dos pontos anteriores. Enquanto nas questões até aqui tratadas se procurava afastar aplicação do precedente ao caso posterior, a aplicação do precedente por analogia objetiva atrair a aplicação de um precedente para uma

hipótese diversa daquela que lhe deu origem, mas com a qual possui relevantes circunstâncias em comum.

A analogia é um dos principais métodos da argumentação jurídica em todos os campos do Direito, a ponto de o legislador brasileiro haver prestigiado de tal forma essa técnica que a elencou expressamente entre os mecanismos de colmatação de lacunas que o juiz deve utilizar.³² Para isso, a argumentação por analogia exige o reconhecimento da inexistência de uma regra específica para a situação concreta (lacuna) e o núcleo da argumentação que preencherá essa ausência encontra-se na comparação de situações jurídicas (BUSTAMANTE, 2012, p. 502).

Assim, do ponto de vista analítico, não há grandes diferenças entre a aplicação analógica de uma norma extraída da legislação e de uma norma extraída de um precedente. Em ambos aos casos, o objetivo é aplicar as consequências jurídicas de uma situação já conhecida a um caso não expressamente regulado pelo direito positivo (BUSTAMANTE, 2012, p. 511).

Sob esse ponto de vista, o uso analógico do precedente estará condicionado ao mesmo critério da analogia em geral: a existência de uma correspondência entre os elementos essenciais de um e de outro caso, a ponto de ser justificável que a mesma solução se imponha para ambos, a fim de que seja mantida a coerência no ordenamento jurídico.

Destarte, estende-se ao uso analógico do precedente o entendimento, já expressado por MACCORMICK, de que *“a argumentação analógica para preencher ‘lacunas’ ou para ‘desenvolver o Direito’ pertence clara e confortavelmente à moldura da coerência enquanto um valor jurídico de escala mais abrangente, e é simplesmente uma vivida ilustração da argumentação por coerência.”* (MACCORMICK, 2011, p. 270).

³² “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Ao final deste capítulo, após o estudo dos elementos centrais de uma teoria geral e argumentativa do precedente, acreditamos haver reunido ferramentas suficientes para passar a uma análise mais detida acerca da utilização da argumentação por precedentes na prática jurídica brasileira.

3. ARGUMENTAÇÃO POR PRECEDENTES NA PRÁTICA BRASILEIRA

3.1 Precedentes no Brasil

O uso da argumentação por precedentes na prática brasileira não é propriamente uma novidade³³, mas o que impressiona é a crescente relevância atribuída pelo direito positivo a este tipo de argumento nos últimos anos. Nesse contexto, sem qualquer pretensão de identificar exaustivamente as influências do uso do precedente nos institutos e técnicas processuais nacionais, destacamos aqueles que mais sensivelmente afetam a vida dos profissionais jurídicos.

O principal foco de toda a construção em torno do precedente no Brasil é o Supremo Tribunal Federal, que, por sua singularidade e especial proeminência em todo território nacional, sempre teve prestigiadas as suas decisões no controle concentrado de constitucionalidade.³⁴ Após o advento de emenda constitucional n.º 45/2004, as decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade passaram a possuir efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Dessa forma, uma vez declarada pela Corte Constitucional a (in)constitucionalidade de uma norma, a observância deste precedente é obrigatória não apenas pelo Poder Judiciário, mas também pelos órgãos do Poder Executivo. Esta vinculação dos órgãos da Administração Pública deve-se principalmente ao seu âmbito de atuação, o qual

³³ A história jurídica brasileira registra diversos institutos relacionados à argumentação por precedentes, entre eles os prejulgados da Corte de Apelação do então Distrito Federal (1923) e o prejulgado trabalhista (1943). Sobre o tema, ver TUCCI, 2004, p. 233-246.

³⁴ De fato, verifica-se que, desde a Constituição de 1934, as decisões da Corte Suprema acerca da inconstitucionalidade das normas deveriam ser comunicadas ao Senado Federal para que o diploma normativo impugnado tivesse sua execução suspensa, o que revela a preocupação que sempre existiu em conferir eficácia ampla às decisões do controle concentrado de constitucionalidade.

é restringindo pelo princípio da legalidade e, portanto, sempre passível de controle pelo Poder Judiciário.³⁵

Contudo, sedimentou-se a compreensão de que os precedentes firmados nas ações do controle concentrado de constitucionalidade são vinculantes apenas quanto ao seu dispositivo, ou seja, a conclusão do julgamento. Assim, malgrado a tentativa de estender a eficácia vinculante aos “*fundamentos determinantes*” da decisão³⁶, prospera atualmente a tese de que apenas o resultado da demanda (isto é, a afirmação de que dispositivo legal impugnado é ou não constitucional) possui efeito vinculante, o que gera séria incongruência e certa dificuldade prática no manejo da argumentação por precedentes.³⁷

Com efeito, imaginemos que em determinado precedente o Supremo Tribunal Federal tenha declarado inconstitucional uma lei do estado X que instituía imposto sob um fato gerador para o qual não era constitucionalmente competente. Uma vez decidida a inconstitucionalidade da lei do estado X, tanto os juízes quanto a Administração Pública estadual estão vinculados e, portanto, não podem mais exigir o tributo. Ocorre que o estado Y possui lei com idêntico teor, instituindo o mesmo tributo, sobre o mesmo fato gerador e incorrendo na mesma inconstitucionalidade, porém o referido diploma normativo ainda não foi submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Nessa situação, os juízes e os órgãos administrativos do estado Y poderão continuar a cobrar o tributo dos cidadãos.

³⁵ “Com relação aos atos vinculados [da Administração Pública], não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ele é assegurada à administração pública.” (PIETRO, 2012, p. 224.)

³⁶ “É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.442)

³⁷ “1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal.”. (Rcl 3.014/SP, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010).

Como se vê, a perplexidade é que, enquanto os jurisdicionados de um estado estão protegidos contra a cobrança indevida, os jurisdicionados de outro estado, em idêntica situação e albergados sob a mesma Constituição, não possuem similar amparo. Felizmente, na prática, os advogados e juízes tendem a levar em consideração os fundamentos das decisões da Corte Constitucional e aplicá-los a casos similares, ainda que não estejam formalmente obrigados a isto, o que evita esse tipo de situação desconcertante. Assim, o precedente torna-se vinculante no estado X e altamente persuasivo no estado Y.³⁸

Da mesma forma, quando o precedente do controle concentrado de constitucionalidade é invocado em outras situações posteriores, porém com sensíveis diferenças entre os casos, os juízes igualmente preocupam-se não apenas com o dispositivo do precedente, mas com a *ratio decidendi* do julgado, pois só a partir dela é possível efetuar o *distinguish*.

Além disso, é factível que um precedente do controle concentrado que tenha afirmado a constitucionalidade de uma norma possa, futuramente, em virtude de mudança substancial no contexto jurídico-político, ser superado para declarar inconstitucional essa mesma norma. Esta hipótese é aceita pela doutrina e já foi efetivada pelo Supremo Tribunal Federal.³⁹ Porém, assim como o *distinguish*, a utilização da técnica do *overruling* não se desenvolve apenas sobre o dispositivo, mas necessita retomar a *ratio decidendi* do antigo precedente para verificar se as razões ali lançadas não se sustentam no alegadamente novo contexto. Portanto, mais uma vez o intérprete deve retomar os motivos determinantes da

³⁸ Segundo MENDES, admitindo-se que o efeito vinculante abarca também os fundamentos determinantes da decisão, “*declarada a inconstitucionalidade de uma lei estadual, ficam os órgãos constitucionais de outros Estados, nos quais vigem leis de teor idêntico, obrigados a revogar ou modificar os referido textos legislativos*” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.442.)

³⁹ Recentemente, ao julgar o Recurso Extraordinário 580963/PR, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei de Organização da Assistência Social que fora anteriormente considerado constitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232/DF, ao argumento de que “*verificou-se a ocorrência do processo de institucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).*”

decisão, pois o dispositivo do precedente só poderá ser alterado se forem modificados igualmente os argumentos que o sustentam.

Assim, percebe-se que, embora não abarcados como formalmente vinculantes, os motivos determinantes dos precedentes constitucionais são recorrentemente considerados na prática. Como já afirmamos, a conclusão do argumento, que se expressa no dispositivo, é apenas parte da *ratio* do precedente. Esta conclusão forma com os demais elementos estruturais (dados, garantias, apoios...) um todo lógico e indivisível, que às vezes se apresenta como uma assertiva sintética (como um verbete sumular), mas outras vezes exige a apresentação de sua forma completa.

A mesma vinculatividade decorrente do controle concentrado de constitucionalidade é atribuída à edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, que poderão ser aprovadas “*após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*”. O constituinte reformador criou também mecanismo processual próprio para assegurar a observância do entendimento vinculante: a reclamação constitucional.⁴⁰ Com efeito, a tendência à valorização da conclusão do argumento em detrimento dos outros elementos estruturais pode ser igualmente verificada na técnica de elaboração da súmula vinculante.⁴¹

A idéia central de todas as súmulas, vinculantes ou não, é que, uma vez sendo reafirmado constantemente o precedente do tribunal (formando uma jurisprudência), a conclusão desta jurisprudência pode ser extraída e enunciada por meio de um verbete que

⁴⁰ “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” (Art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal.)

⁴¹ Ressalte-se, por oportuno, que há súmulas que abarcam, de forma explícita, outros elementos estruturais do argumento, como é o caso da Súmula Vinculante n.º 3, que enumera exceções como condições de refutação. Porém, é nítido que a técnica de sintetização da *ratio decidendi* em um verbete sumular tende manter o foco sobre a conclusão do argumento.

facilite a atividade interpretativa. Dessa forma, a súmula não é precedente, mas é decorrência dele por meio de uma técnica que é facultada aos tribunais.

No Supremo Tribunal Federal esta faculdade possui a singularidade de impor efeito vinculante sobre todo o Poder Judiciário e sobre os órgãos da Administração Pública. Todavia, o texto constitucional, assim como se exige das súmulas em geral, requer que a elaboração da súmula vinculante decorra de “*reiteradas decisões*” sobre a matéria. A súmula vinculante deve ser, portanto, uma simplificação pragmática da conclusão que pode ser extraída dos precedentes que antecederam sua formulação. Essa observação é importante, pois é a partir dela que podemos traçar a ligação visceral que deve existir entre a súmula vinculante e os precedentes que lhe deram causa, de forma que eventuais dúvidas na aplicação do enunciado sumular, notadamente em hipóteses de *distinguish* e *overruling*, deverão ser apreciadas não apenas em face do texto da súmula, mas também em face das *rationes decidendi* dos precedentes que lhe originaram.

Por fim, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, também se verifica a valorização da argumentação a partir de precedentes com a criação de um pressuposto processual específico para o conhecimento do recurso extraordinário, denominado repercussão geral.⁴²

Desde a instituição da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal somente admite para julgamento os recursos extraordinários que versarem sobre questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Assim, percebe-se claramente que a decisão tomada no julgamento deste recurso está especialmente vocacionada a ser utilizada como argumento em casos futuros.

⁴² “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.” (Código Civil Brasileiro)

Em consequência, o reconhecimento da repercussão geral possibilita o sobrestamento na origem de outros recursos extraordinários que versem sobre idêntica questão e, uma vez julgado o mérito da matéria, a lei determina que os recursos sobrestados sejam reexaminados pelos órgãos jurisdicionais inferiores.

Neste juízo de reexame, observando-se a decisão da Corte Constitucional, os órgãos de origem devem apreciar os recursos sobrestados e poderão “declará-los prejudicados ou retratar-se”.⁴³ Assim, não se extrai do texto legal autorização para que seja mantido o acórdão da origem que esteja em desconformidade com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o que torna este precedente vinculante para os recursos já sobrestados que serão reexaminados e altamente persuasivo para os posteriores.⁴⁴

De outro lado, não apenas o Supremo Tribunal Federal é alvo da política de valorização de precedentes. Também o Superior Tribunal de Justiça, embora ainda não tenha conseguido emplacar no recurso especial a exigência de repercussão geral⁴⁵, foi contemplado com uma técnica diferenciada para o julgamento de recursos especiais repetitivos.

Na sistemática do recurso especial repetitivo, havendo multiplicidade de recursos direcionados ao Superior Tribunal de Justiça sobre idêntica matéria, o relator do processo na Corte Superior poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

⁴³ “Art. 543-B[...] § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.” (Código de Processo Civil, grifo acrescido). A par das hipóteses legais, entendemos que no juízo de reexame também é possível realizar o *distinguish*, hipótese na qual o órgão jurisdicional inferior, verificando que o recurso foi indevidamente sobrestado e não se amolda adequadamente àquele que foi julgado com repercussão geral, poderá manter sua decisão e determinar o prosseguimento do processamento do recurso.

⁴⁴ Embora o § 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil somente fale em “declará-los prejudicados ou retratar-se”, o § 4º do mesmo artigo regula a hipótese de manutenção do acórdão de origem em divergência com o entendimento firmado no julgamento de mérito do recurso com repercussão geral. Nessa hipótese, mantida a decisão e admitindo-se novo recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

⁴⁵ O Presidente do Superior Tribunal de Justiça já encaminhou ao Poder Executivo proposta de Emenda à Constituição para instituir a repercussão geral como pressuposto do recurso especial. Ver: http://ftp.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105045 (Acesso em 30/08/2014.)

Uma vez julgado o mérito do recurso demonstrativo da controvérsia, os recursos sobrestados direcionados contra decisões que estejam em consonância com a orientação adotada pela Corte Superior terão seguimento negado, ao passo que os recursos em face de decisões que divirjam do julgamento proferido deverão ser reexaminados pelo Tribunal de origem.⁴⁶

De mais a mais, muitos outros institutos presentes na prática brasileira revelam forte valorização do precedente judicial, dentre os quais se destacam a possibilidade de julgamento monocrático de recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior⁴⁷ e a possibilidade de não admissão de apelações contra sentenças que estejam em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.⁴⁸

Portanto, advogados e juízes brasileiros possuem um aparato dogmático bastante vasto para o manejo da argumentação por precedentes. Contudo, como já salientamos no decorrer desse estudo, não basta apenas conferir autoridade a um sistema de precedentes, pois é indispensável a reflexão acerca da racionalidade dos institutos criados e de seu manejo pelos operadores do Direito. Em grande parte, a correção ou incorreção do uso dos precedentes, jurisprudência e súmulas será dependente da forma como eles são tratados por aqueles que os manejam e não apenas das previsões normativas.⁴⁹

⁴⁶ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. [...]”

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.” (Código de Processo Civil)

⁴⁷ “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.” (Art. 557 do Código de Processo Civil)

⁴⁸ “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” (Artigo 518, § 1.º, do Código de Processo Civil.)

⁴⁹ Até mesmo entre os mais críticos, há essa percepção: “Embora crítico das súmulas desde há muito tenho sempre sustentado que as Súmulas Vinculantes não são um problema ou um “mal em si”. Podem ser

Dessa forma, após uma abordagem geral de algumas técnicas que acentuam a força da argumentação por precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, observaremos, através da análise e avaliação de três precedentes relevantes no contexto nacional e pertinentes aos institutos acima abordados, se a importância que se atribui ao precedente no Brasil encontra correspondência no necessário domínio técnico por parte dos profissionais do Direito.

3.2 Análise de Casos

3.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 – Uniões Homoafetivas

O tema das uniões homoafetivas, embora recorrente na realidade social, não recebe no ordenamento jurídico brasileiro nenhum tratamento legislativo específico. Assim, toda disciplina normativa aplicável a essas relações decorre dos precedentes firmados pelo Poder Judiciário.

Com efeito, os tribunais brasileiros instauraram acentuada divergência sobre a matéria, sobretudo na discussão acerca da possibilidade de estender às uniões homoafetivas o mesmo tratamento jurídico dispensado às uniões estáveis heteroafetivas. Em estudo que analisou 186 acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça brasileiros sobre o tema, nos anos de 2003 a 2010, constatou-se que 56% (cinquenta e seis por cento) deles admitiam esta equiparação, enquanto os demais 44% (quarenta e quatro por cento) rechaçavam esta tese (ROESLER; SANTOS, 2014, p. 106).

importantes para colocar o “selo jurídico” em conquistas hermenêuticas. Também podem contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integridade do direito (Dworkin) e a institucionalização de uma tradição (Gadamer). [...] Numa palavra: na verdade, quem transforma as Súmulas Vinculantes em um “mal em si” são as suas equivocadas compreensão e aplicação.” (STRECK, 2008, p. 173).

A insegurança jurídica causada por esta situação conflitante é evidente, o que transformou a prestação jurisdicional em uma verdadeira “loteria judicial”. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, no ano de 2009, proferiu três decisões contrárias e três favoráveis à equiparação. Destas seis decisões, cinco emanaram do mesmo órgão julgador.⁵⁰

Do panorama narrado, extrai-se, de um lado, a relevância dos precedentes judiciais na vida dos jurisdicionados, os quais dependem de um entendimento jurisprudencial para conhecer previamente as consequências jurídicas de seus atos e, assim, decidir suas ações.⁵¹ De outro lado, verifica-se, também, que não é possível ao cidadão confiar nos precedentes dos Tribunais de Justiça, uma vez que a oscilação da jurisprudência revela que o resultado das ações pode estar ao desamparo da sorte, pois, tratando da mesma matéria, as decisões variam conforme o estado da federação, o órgão julgador e, até mesmo, a alteração do quórum em virtude de férias ou licenças dos magistrados.

Após anos de intenso dissenso, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar a questão ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 (BRASIL, 2011), cuja decisão é revestida de efeito vinculante e, portanto, poderia unificar o entendimento do Poder Judiciário acerca da matéria e assegurar aos casais homoafetivos maior segurança acerca do regime jurídico que lhes é aplicável. Contudo, a ausência de um maior rigor técnico na justificação do precedente e na explicitação de suas *rationes decidendi* impediu a concretização deste objetivo.

⁵⁰ Decisões favoráveis à equiparação: 70030880603, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, em 14/08/2009; 70026584698, 7ª Câmara Cível, em 14/10/2009 e 70032730301, 7ª Câmara Cível, em 16/12/2009. Decisões contrárias à equiparação: 70026584698, 7ª Câmara Cível, em 25/03/2009; 70028838308, 7ª Câmara Cível, em 24/06/2009 e 70030975098, 7ª Câmara Cível, em 30/09/2009. Esta divergência persistiu com decisões alternadas também no ano de 2010.

⁵¹ No caso, supondo que os companheiros em uma união homoafetiva desejassem resguarda-se mutuamente para o caso de falecimento de um deles: qual seria o regime sucessório? Seria necessário elaborar testamento ou a divisão em virtude do regime de bens seria suficiente? Haveria um regime de bens? Qual? Todas essas questões permaneciam com respostas dúbias para os casais homoafetivos.

No referido julgamento, embora conste do resultado a unanimidade quanto ao dispositivo da decisão, é notória a divergência quanto aos seus fundamentos determinantes, questão que não recebeu da Corte Constitucional a atenção que merecia.

Nas mais de duzentas e cinquenta páginas que compõem o acórdão do julgamento, encontram-se duas principais razões de decidir que são bastante distintas e cuja discussão se perdeu entre dezenas de *obiter dicta*, que vão desde a citação de poemas psicografados por Chico Xavier até relatos históricos da atuação da inquisição na Bahia.

Essa prolixidade desnecessária aliada à ausência de clareza quanto à *ratio decidendi* do precedente, o que também é atribuível à simples sobreposição de votos e à ausência de preocupação em uma apresentação sistemática dos argumentos, revela a falta de propriedade da Corte Suprema ao manejar o efeito vinculante.⁵² De fato, uma vez que as razões de decidir são obscuras ou imprecisas, todo o raciocínio de aplicação do precedente está comprometido, tornando pouco produtiva a própria vinculatividade da decisão.

Em todo caso, a primeira corrente interpretativa formada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 parte do pressuposto fático de que há uniões homoafetivas carentes de tratamento normativo. Assim, prosseguindo no raciocínio argumentativo, os que se filiaram a essa corrente apoiaram-se nos princípios da dignidade humana, da igualdade e da não-discriminação para entender que as uniões homoafetivas, por imposição constitucional, devem receber o mesmo tratamento jurídico das uniões estáveis.

Dessa forma, a conclusão encontrada é que não há omissão no ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição impõe que a legislação infraconstitucional abarque no instituto da união estável as uniões homoafetivas.

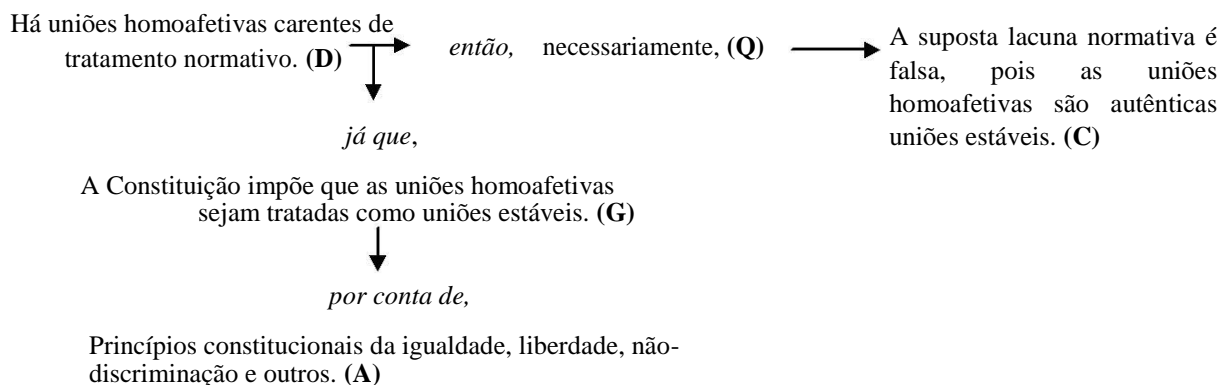
⁵² Para uma crítica mais detalhada sobre o modelo deliberativo do Supremo Tribunal Federal: VALE, André Rufino do. **A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica**. In: FELLET, Andre; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm; 2013, pp. 329-348.

Essa forma de compreensão do problema foi enfatizada pelo Ministro Ayres

Britto:

Pelo meu voto e dos que me seguiram, **não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatção**. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna, e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatção. (Grifos acrescidos).

O argumento central defendido por esta corrente, apresentado no modelo toulmaniano, pode ser assim ilustrado:



A segunda corrente interpretativa acolhe como premissa fática de seu argumento justamente aquilo que o primeiro raciocínio rejeita: a existência de uma lacuna normativa.

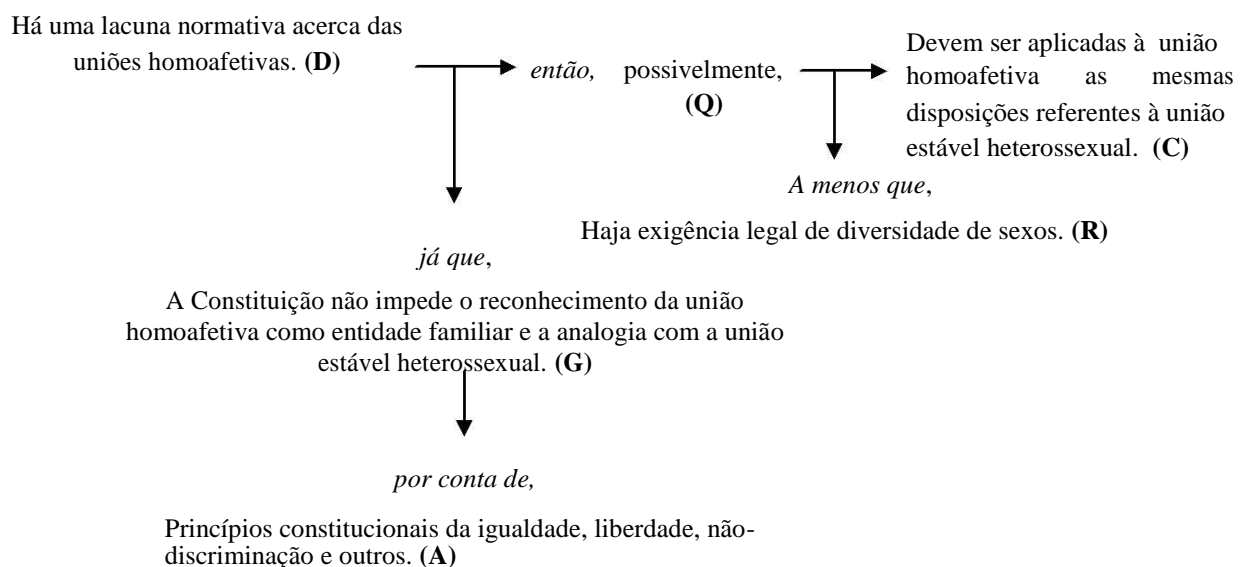
Segundo defendem, a Constituição não tratou especificamente da matéria nem é possível deduzir dela um mandamento direto de enquadramento da união homoafetiva como união estável, porém não há óbice constitucional para que essa lacuna seja suprida por meio de analogia. Dessa forma, concluem que é possível a analogia entre os institutos, porém, como é inerente ao raciocínio analógico, é necessário sempre verificar sua compatibilidade, admitindo-se, nesse caso, condições de refutação a essa equiparação.

Confira-se, a esse respeito, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que **não há previsão normativa expressa a ampará-la**, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da **integração analógica**. [...] Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, **mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aquelas que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto**, segunda a vetusa máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico. (Grifos acrescidos).

O Ministro Ricardo Lewandowski conclui excluindo expressamente da analogia entre os institutos as prescrições legais que “*exijam a diversidade de sexos para o seu exercício*”. Contudo, não se esclarecem quais seriam estas disposições legais inaplicáveis por analogia, pois, segundo entendeu o Ministro Cezar Peluzo, “*sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as conseqüências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindos do pronunciamento da Corte.*”

Nos moldes toulmanianos, a configuração deste segundo argumento decisório seria assim representada:



Ressalte-se, ainda, que nem todos os ministros pronunciaram-se especificamente nos termos dessas duas correntes apresentadas, como é o caso do Ministro Celso de Melo, que apesar de aparentemente filiar-se à primeira corrente, utiliza em seu voto termos como "*extensão dos direitos*" e "*colmatação da omissão inconstitucional*". Dessa forma, sequer se consegue precisar qual teria sido a majoritária razão de decidir determinante do acórdão.

Com esta configuração, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 resolveu alguns problemas, encerrando a discussão acerca da possibilidade de uniões homoafetivas serem tratadas como uniões estáveis e regidas pelas disposições inerentes ao Direito de Família.⁵³ Contudo, novos problemas surgiram, sobretudo derivados da imprecisão da *ratio decidendi* do precedente constitucional.

Apenas exemplificativamente, a resposta à pergunta "É possível, no Brasil, o casamento homoafetivo?" irá variar de acordo com a corrente interpretativa do julgamento que se pretenda seguir.

Enquanto a primeira linha de argumentação é bastante nítida em uma resposta afirmativa, a segunda corrente não permite extrair uma resposta tão incisiva. Todavia, como a Corte Constitucional não se preocupou em determinar com clareza a *ratio decidendi* do julgamento, o raciocínio de aplicação do precedente se perde entre as *rationes decidendi* individuais dos ministros conjugadas com a disposição interna do intérprete em fazer prevalecer uma ou outra corrente. Nesse aspecto, a insegurança jurídica permanece.

Observe-se que, após o julgamento da ação, tendo em vista que a questão do casamento homoafetivo suscitou controvérsias no âmbito da justiça estadual, o Conselho Nacional de Justiça, inspirado na linha argumentativa da primeira corrente, editou a

⁵³ Não se podem desprezar os aspectos relevantes e indene de dúvidas presentes na ADI 4.277, entre eles a adoção de uma nova perspectiva jurídica da família. Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal rechaçou definitivamente a tese de que as relações homoafetivas possuíam apenas caráter patrimonial, devendo, portanto serem regidas pelo direito obrigacional, orientação que ainda estava presente em alguns tribunais do país.

Resolução n.º 175. O referido ato administrativo, afirmando possuir amparo no julgamento da ADI 4.277, determinou que *“É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.”*

Atualmente, esta resolução está sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.966/DF, que se encontra sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Curiosamente, no precedente invocado pela resolução, o Ministro Gilmar Mendes filou-se à segunda corrente interpretativa, ressaltando que:

Neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, **por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto** e, com suporte na teoria do pensamento possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável, **naquilo que for cabível**, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. (Grifos acrescidos).

Como se observa, a simples atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais de um tribunal não é suficiente para que a argumentação por precedentes possa desencadear no sistema jurídico os benefícios do tratamento igualitário, da segurança jurídica e da economia processual. A pouca familiaridade de juízes e advogados com uma técnica adequada de justificação e aplicação do precedente acaba por minar os seus benefícios e acentuar seus aspectos negativos.

A prática institucional de pouco cuidado com a fundamentação do precedente, permitindo a sua dubiedade, repercute em todo o sistema através de uma repetição acrítica e pouco refletida de decisões pretéritas. No fim, como desde o começo não se definiu com precisão o que se pretendia dizer com o precedente, seu significado vai se diluindo em

releituras sucessivas e inconsistentes que se sobrepõe na tarefa de tentar completar o que não foi dito.

Assim, precedentes obscuros suscitam ainda mais dúvidas na comunidade jurídica e criam um ambiente propício para o voluntarismo e para a arbitrariedade judicial, transformando-se em mais uma manifestação daquilo que pretendiam combater. Enquanto não houver uma modificação na postura dos tribunais e um maior comprometimento dos julgadores com suas decisões, na perspectiva de que elas devem ser proferidas em condições de serem compreendidas e universalizadas, o uso da argumentação por precedentes continuará conduzindo a resultados distorcidos.

Portanto, é imperiosa a assimilação da importância não apenas do efeito vinculante ou da conclusão do julgamento, mas de toda a argumentação que justifica a decisão proferida no precedente. A argumentação é a ferramenta de trabalho do operador jurídico, sem a qual nenhum o mecanismo pode ser adequadamente desenvolvido. Por isso, um sistema que valoriza o precedente e pretende manejar corretamente essa técnica argumentativa deve igualmente valorizar uma fundamentação clara, concisa e que busque afastar a ambigüidade nas decisões judiciais.

3.2.2 Recurso Especial 1.112.748- Princípio da Insignificância no Crime de Descaminho

Assim como as uniões homoafetivas, o princípio da insignificância não possui previsão expressa em nosso ordenamento jurídico, sendo fruto de uma construção doutrinária que foi abrigada pela jurisprudência em diversos precedentes. Em sua atual configuração, entende-se que a aplicação do referido princípio afasta a tipicidade de uma conduta formalmente prevista como crime, tendo em vista que, embora o fato se amolde ao que está

descrito na norma, a ação ou omissão não é capaz de causar nenhum prejuízo sensível ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.⁵⁴

Admitindo-se o princípio da insignificância em nosso sistema jurídico-penal, colocam-se em questão os parâmetros para aferir quando há, ou não, lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, bem como em quais crimes seria possível falar-se em lesão insignificante. Esta discussão, cuja correta compreensão no contexto pátrio só é possível pela análise de precedentes, está bem ilustrada no debate em torno da insignificância no crime de descaminho, a qual suscitou grande divergência entre os tribunais brasileiros.

Como direciona o nosso sistema recursal, a controvérsia se encaminhou aos Tribunais Superiores. Em um primeiro momento, no julgamento do EREsp 966.077/GO (BRASIL, 2009), o Superior Tribunal de Justiça analisou a matéria e decidiu: a) que o crime de descaminho encontra-se entre aqueles sobre os quais é possível a incidência do princípio da insignificância; b) que o valor a ser tomado como referência para a insignificância seria o de R\$ 100,00 (cem reais), parâmetro utilizado pela Administração Fazendária para extinguir o débito fiscal, consoante dispõe o art. 18, § 1.º, da Lei n.º 10.522/2002.⁵⁵

Contudo, essa orientação não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que em diversos precedentes, proferidos no julgamento de *Habeas Corpus*, firmou orientação no sentido de que o valor referencial para a averiguação da insignificância seria o de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), parâmetro utilizado pela Fazenda Pública para arquivar os autos de

⁵⁴ Segundo BITENCOURT: “A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.” (BITENCOURT, 2012, p. 61).

⁵⁵ “§ 1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).” (Artigo 18, § 1.º, da Lei n.º 10.522/2002).

execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, conforme o artigo 20 da Lei n.º 10.522/2002.⁵⁶

O fundamento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal para rechaçar o critério adotado pelo Superior Tribunal de Justiça consiste na observação de que o direito penal, por sua excepcionalidade, deve ser a *ultima ratio* do Estado, não sendo possível invocá-lo quando o próprio ente estatal desiste de executar a dívida no âmbito civil/administrativo. Assim, uma vez que a Fazenda Pública, levando em consideração o valor da dívida inferior à R\$ 10.000,00 (dez mil reais), opta por não prosseguir na execução fiscal, não haveria como atribuir relevância penal à conduta formalmente típica cujo dano não ultrapasse essa quantia.

É no centro desse desencontro entre os precedentes emanados das mais altas Cortes do país que se desenvolve o julgamento do Recurso Especial 1.112.748 (BRASIL, 2009), processado pelo Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática do recurso repetitivo. Nesse julgamento, o Tribunal teve que decidir entre manter seu próprio precedente ou superá-lo em virtude das decisões posteriores da Corte Constitucional. A análise da postura adotada pelos ministros diante dessa questão nos ajuda a compreender em que medida os operadores jurídicos brasileiros assimilaram os valores de uma cultura de precedentes.

O caminho argumentativo trilhado pelo relator do recurso em tela, o Ministro Felix Fischer, começa pela invocação das razões do EResp 966.077/GO. Observa-se aqui, de forma consciente ou não, a utilização de uma das regras gerais de argumentação propostas por ALEXY (2001, p. 261), no sentido de que, se há um precedente anterior acerca do tema, ele deve ser trazido à discussão.

⁵⁶ “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”. (Artigo 20 da Lei n.º 10.522/2002).

Ao avaliar a posição definida pelo Superior Tribunal anteriormente, o Ministro relator asseverou que o parâmetro de R\$ 100,00 (cem reais) seria, de fato, o melhor critério a ser adotado, ressaltando que o raciocínio desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal seria um “desvirtuamento no trato da questão”, conforme consta em seu voto:

O entendimento acima mencionado, há muito, é, a meu ver, o que deveria prevalecer. Ou seja, a invocação da insignificância como excludente da tipicidade penal somente teria lugar quanto constatado que o débito tributário não ultrapassasse a quantia de **R\$ 100,00 (cem reais)**.

Isso porque, conforme precedentemente já sustentado, **somente aqui haverá extinção do crédito tributário** e, por conseguinte, desinteresse definitivo na cobrança da dívida pela Administração Fazendária. Neste contexto, e somente neste, entendo invocável referido princípio.

Entretanto, ao se adotar o **limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)** como norte para a aplicação da insignificância, creio, **com a devida venia**, há um desvirtuamento no trato da questão. (Grifos no original)

Contudo, após extensa argumentação, por meio da qual o relator procura demonstrar o desacerto do critério sedimentado pela Corte Constitucional, a decisão conclui que, mesmo não tendo adotado o melhor parâmetro, devem prevalecer os precedentes do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a busca pela otimização do sistema:

Contudo, não obstante os argumentos acima expendidos, verifico que a orientação firmada nesta Corte por ocasião do julgamento do já citado **EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009**, merece ser revista em razão da atual jurisprudência que o **Pretório Excelso** firmou acerca da **quaestio**.

Com efeito, o c. **Supremo Tribunal Federal** pacificou o entendimento no sentido de que o vetor para a aplicação do princípio da insignificância é aquele previsto no **art. 20 da Lei nº 10.522/02 (R\$ 10.000,00)**.

[...]

Dessarte, como o presente recurso qualifica-se como representativo da controvérsia aqui instaurada, entendo, **para conferir efetividade aos fins propostos pela Lei nº 11.672/08**, e, assim, para uma **otimização do sistema**, evitando-se que uma série de recursos e/ou **habeas corpus** sejam dirigidos à **Suprema Corte**, curvome, respeitosamente com ressalvas, aos precedentes dela emanados para considerar que os créditos tributários que não ultrapassem R\$ 10.000,00 (dez mil reais), **ex vi** do art. 20 da Lei 10.522/2002, **sejam alcançados pelo princípio da insignificância**. (Grifos no original.)

Como se vê, há uma nítida oposição entre o entendimento subjetivo do julgador acerca da matéria e o resultado final do julgamento, cujas razões possuem caráter institucional. Em termos argumentativos, é possível afirmar que a existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao defendido pelo relator impediu a transposição de sua opinião do contexto da descoberta para o contexto da justificação.

Assim, verificando que a racionalidade do sistema judicial não permitia que sua compreensão pessoal prevalecesse, o julgador se viu obrigado a adotar posicionamento diverso daquela que seria sua vontade individual, levando-o a promover o *overruling* do precedente firmado no EResp 966.077/GO.

Da mesma forma, embora existam diversos argumentos na decisão sustentando a opinião contrária, o fundamento único e determinante para a solução da controvérsia foi a argumentação a partir de precedentes, utilizada pelo relator de forma sintética e muito pouco cuidadosa. Em verdade, o Superior Tribunal de Justiça concentrou-se apenas no valor objetivo adotado pelo Supremo Tribunal Federal, deixando à margem toda a discussão acerca da função do direito penal em um Estado democrático.

Assim, uma vez que o motivo determinante para a decisão do Superior Tribunal de Justiça fundamenta-se nos precedentes da Corte Constitucional, é possível depreender que o acórdão do Recurso Especial 1.112.748 não possui uma *ratio decidendi* autônoma, mas trata-se de mera remissão à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que sequer foi analisada de forma mais detida no momento da justificação deste precedente. Esse tipo de arranjo, em um recurso processado pela sistemática dos recursos repetitivos, traz sérias complicações de ordem prática e teórica, pois embora o resultado pareça claro, a sua justificação definitivamente não o é.

No caso, Superior Tribunal de Justiça informou aos tribunais inferiores que o valor a ser tomado como parâmetro para averiguar a insignificância no crime de descaminho seria o de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas não justificou precisamente em que medida aderiria aos fundamentos adotados pela Corte Constitucional. Assim, houve a redução de uma ampla discussão acerca da própria natureza do direito penal a um mero valor monetário.

Não demorou para que esta fissura na fundamentação fosse exposta. Em 2012, por meio das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, o valor de referência para que a Fazenda Pública promovesse o arquivamento de execuções fiscais foi majorado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).⁵⁷ Ante esse novo quadro, os Tribunais pátrios novamente se dividiram: alguns entenderam que os fundamentos do Recurso Especial 1.112.748 seriam suficientes para justificar, analogicamente, a majoração do valor a ser considerado para a aplicação do princípio da insignificância:

No mais, de acordo com a novel sistemática prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.672/2008, **o Superior**

Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1112748, havido como representativo da controvérsia, pacificou o assunto ora tratado (Recurso Especial Repetitivo representativo da controvérsia. Art. 105, III, A e C da CF/88. Penal. Art. 334, § 1º, Alíneas C e D, do Código Penal. Descaminho. Tipicidade. Aplicação do Princípio da Insignificância.) nestes termos:

[...]

Efetivamente, tal acórdão do Superior Tribunal de Justiça **resultou do decidido, dentre outros julgados do Pretório Excelso, no HC nº 92.438, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (Segunda Turma)**, em cujo voto condutor do unânime acórdão assim ponderou:

“À luz de todos os princípios que regem o direito penal, especialmente o princípio da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima, é inadmissível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e, ao mesmo tempo, seja considerada criminalmente relevante e punível!”

⁵⁷ “Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.” (Artigo 2.º da Portaria 130/2012 do Ministério da Fazenda.)

A única conclusão a que se pode chegar, na espécie, é a de que não houve lesão ao bem jurídico tutelado.

...

Torno a dizer: não é possível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e não o seja para o Direito Penal, que só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido, quando falham os outros meios de proteção e não são suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do direito.”

Assim, a toda evidência, tendo a Portaria nº 75/MF - 2012 lançado, pelo Estado-Administração, dito patamar de irrelevância, **restam mantidos os fundamentos do referido recurso representativo da controvérsia**, uma vez que permanece sólido o **elemento motivador do *decisum* paradigma**.

Ante o exposto, **não admito o recurso especial**. (TRF 4, 2013, grifo nosso).

Por outro lado, diferentes tribunais entenderam que as razões do Recurso Especial 1.112.748 estavam restritas ao valor objetivo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), alinhando-se ao entendimento de que nenhum outro parâmetro poderia ser aplicado:

Sustenta o Recorrente, em síntese, violação ao artigo 334, *caput*, do Código Penal, ao entendimento de que, na espécie, é aplicável o princípio da insignificância, em face da alteração, pela Portaria MF 75/2012, do parâmetro utilizado pela Fazenda para fins de ajuizamento de execução fiscal, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Requer, pois, a reforma do acórdão recorrido a fim de que seja mantida a sentença que absolveu o Recorrente.

Contrarrazões às fls. 328/330.

Pois bem, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento no sentido de “**não tem aplicação qualquer parâmetro diverso daquele fixado no recurso especial representativo da controvérsia, notadamente o de R\$ 20.000,00 previsto na Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda, que regulamenta não a Lei 10.522/02, mas o Decreto-Lei n. 1.569/77, e, além disso, autoriza a execução de valores inferiores àquele**” (EDcl no RESp 1392760/PR, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 13.02.2014 – grifei)

[...]

Diante desse contexto, não há plausibilidade jurídica nas alegações do Recorrente.

Isto posto, **não admito** o Recurso Especial. (TRF 1, 2014, grifos no original.)

Sobre essa nova questão, as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal novamente se desencontraram.

O Superior Tribunal de Justiça sustenta que o precedente firmado no julgamento do Recurso Especial 1.112.748 está amparado em uma norma legal, cuja interpretação não pode ser alargada devido à mera portaria administrativa. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal reitera que, seja por lei ou por portaria, a Administração Pública manifesta desinteresse no valor estipulado (R\$ 20.000,00), razão pela qual não é possível atribuir relevância penal a valores a ele inferiores.

A atual jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, não obstante o apego ao valor nominal firmado no Recurso Especial 1.112.748, materialmente está contrariando os fundamentos do referido precedente, uma vez que, naquela oportunidade, a Corte afirmou que estava aderindo ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, cuja compreensão acerca do problema permanece a mesma: uma conduta tributária ilícita que não suscita interesse para a persecução fiscal não pode ser alvo de persecução penal.

Devido a esse embate, o Poder Judiciário agora trabalha como a mítica personagem Penélope, de Ulisses.⁵⁸ O Superior Tribunal de Justiça costura durante o dia e o Supremo Tribunal Federal desfaz a costura durante a noite. Essa inconsistência não passou despercebida aos olhos dos magistrados do Superior Tribunal de Justiça, que começam a sinalizar que irão novamente retificar sua jurisprudência, como ocorreu no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 45.633/CE, julgado em 05 de agosto de 2014, cuja ementa ressaltou:

⁵⁸ Penélope foi uma heroína da mitologia grega. Ulisses e Penélope haviam se casado e apenas um ano depois tiveram de separar-se em virtude da partida de Ulisses para a Guerra de Tróia. A longa ausência de Ulisses fez com que Penélope fosse importunada por inúmeros pretendentes, ao passo que ela tentava ao máximo retardar a escolha de um deles para um aparentemente inevitável novo casamento. Um de seus artifícios foi o de alegar que estava empenhada em tecer uma manta para o dossel funerário de Laertes, pai de seu marido, comprometendo-se em fazer sua escolha entre os pretendentes quando a obra estivesse pronta. Durante o dia, aos olhos de todos, Penélope trabalhava tecendo; à noite, secretamente desfazia o trabalho feito, de forma que ele nunca terminasse.

Adotada, **com vista à uniformidade das decisões**, a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal que, apreciando a questão da aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, **sedimentou ser cabível o reconhecimento do delito de bagatela aos débitos tributários que não ultrapassem o teto de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)**, em conformidade com o art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as alterações trazidas pelas Portarias n. 75 e 130, do Ministério da Fazenda. Precedentes da 1ª e 2ª Turmas do Pretório Excelso. (BRASIL, 2014, grifo nosso.)

A análise do problema referente à aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho revela que, em verdade, o respeito ao precedente é um valor bastante assimilado na cultura jurídica brasileira, até mesmo nas suas mais altas Cortes, de forma que a argumentação por precedentes já aparece como fundamento determinante para decisões judiciais relevantes.

Todavia, observa-se que, a despeito desta constatação, os operadores jurídicos ainda não se atentaram para a necessidade de aprimorar a justificação do precedente. De fato, em um sistema em que se sabe que as decisões anteriores terão impacto sobre decisões subseqüentes, é necessário que em cada julgamento haja o cuidado de não apenas afirmar que se adota esse ou aquele posicionamento, mas que se explicita o caminho argumentativo trilhado para o alcance da conclusão.

Quando não se tem clareza na justificação dos precedentes e, por outro lado, a argumentação por precedentes ocupa papel de relevância no sistema judicial, o resultado é uma incompreensão generalizada, que se potencializa com a aplicação de institutos como a sistemática do recurso repetitivo e o efeito vinculante da decisão.

É cogente, portanto, para assegurar a coerência na prestação jurisdicional, que se repense a prática brasileira quanto à argumentação a partir de precedentes, à luz de uma adequada teoria argumentativa. De fato, é preciso tomar consciência de que o centro de toda a discussão jurídica é o argumento e que a conclusão exarada no precedente é mera decorrência

de sua *ratio dedicensi*, sendo que esta se sobrepõe àquela em termos de importância teórica e prática.

Assim, valorizando-se a compreensão do raciocínio argumentativo e não apenas a conclusão dos julgamentos, certamente os juízes e advogados estarão mais bem preparados para lidar com a aplicação do precedente em situações mais difíceis, como ocorreu na hipótese analisada.

3.2.3 Recurso Extraordinário 637.485 – Prefeito “itinerante”

O julgamento do Recurso Extraordinário 637.485 (BRASIL, 2013) é um importante marco na assimilação dos institutos da teoria dos precedentes judiciais pelo Supremo Tribunal Federal, revelando uma abertura da prática brasileira às soluções e possibilidades oferecidas aos juristas a partir do reconhecimento de que julgamentos pretéritos constituem uma fonte importante de orientação de condutas.

O tema de fundo proposto nesse precedente gira em torno da interpretação a ser conferida ao artigo 14, § 5.º, da Constituição Federal, o qual determina que os chefes do Poder Executivo (prefeitos, governadores e presidente da república), somente poderão ser reeleitos para um único período subsequente.⁵⁹

Todavia, ante a peculiaridade do julgamento deste recurso, a decisão do Tribunal foi dividida em duas partes: a primeira dedicada a resolver o conflito interpretativo existente em torno do referido dispositivo e a segunda, cujo exame nos interessa mais, relativa à

⁵⁹ “§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.” (Artigo 14, § 5.º, da Constituição Federal.)

solução de um iminente conflito de precedentes no tempo, sob a ótica da segurança jurídica e da previsibilidade.

No que tange ao conflito meritório, tratava-se de um prefeito municipal, já reeleito no pleito imediatamente antecedente e que se candidatou a um terceiro mandato de prefeito, porém em município diverso dos dois mandatos anteriores. O referido político obteve êxito nas urnas e sua candidatura foi impugnada, pela primeira vez, no momento da expedição do diploma. Nessa ocasião o Ministério Público suscitou, e o Tribunal Superior Eleitoral acolheu, a alegação de que a candidatura a um terceiro cargo de prefeito ofenderia a vedação à reeleição sucessiva, independente de tratar-se de mandatos a serem cumpridos em entes federativos diversos.

Assim, a controvérsia consistia em definir se o mandamento constitucional impediria mais de uma reeleição para o mesmo cargo em qualquer unidade da federação ou se haveria óbice apenas para a reeleição sucessiva no mesmo ente político. Nesse aspecto, a Corte entendeu, por ampla maioria, que a vedação à reeleição impede um terceiro mandato para a chefia do poder executivo municipal independente de trata-se de entes políticos diversos, apoiando a decisão, entre outros fundamentos, em uma concepção ampla do princípio republicano.⁶⁰

Contudo, conforme destacou o relator, Ministro Gilmar Mendes, o entendimento que se estava adotando provocava drástico *overruling* acerca da matéria, uma vez que a coletânea jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral registrava inúmeros precedentes, inclusive em consultas eleitoras suscitadas pelos próprios candidatos, no qual se afirmava que “*detentor de mandato de prefeito municipal que tenha ou não sido reeleito, pode ser*

⁶⁰ Dissentiram desse posicionamento somente os Ministros Cezar Peluzo e Marco Aurélio, os quais entenderam que o dispositivo constitucional, por restringir direitos de participação política, deveria ser interpretado restritivamente, impondo-se a vedação à reeleição apenas ao mesmo cargo e, portanto, referente ao mesmo ente federado.

candidato a prefeito em outro município, vizinho ou não, em período subsequente” (BRASIL, 2003), sendo esse o posicionamento pacífico do Poder Judiciário até aquele momento.

Em verdade, o Tribunal Superior Eleitoral alterou sua jurisprudência sobre o tema em julgamento realizado no mês de dezembro de 2008, ou seja, logo após a realização das eleições municipais daquele ano, atingindo todos os candidatos já eleitos que se encontravam nesta situação de forma repentina.⁶¹ Ressalte-se, inclusive, que a interpretação de que a vedação constitucional não se aplicava a eleições em municípios diversos estava tão interiorizada na jurisprudência eleitoral que o Ministério Público sequer impugnou o registro da candidatura do prefeito reeleito, fazendo-o apenas no momento da expedição do diploma.

Além disso, por tratar-se de matéria eleitoral, a questão referente à segurança jurídica assume ainda maior relevância, tendo em vista o cuidado da Constituição em prevenir alterações no ordenamento normativo às vésperas do pleito eletivo. Conforme a dicção do artigo 16 da Constituição Federal, a lei que alterar o processo eleitoral não se aplica à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Assim, há uma expectativa legítima de que as normas aplicáveis às eleições estejam consolidadas um ano antes do sufrágio.

Porém, no caso, não se trata de uma alteração na lei, mas de uma alteração na forma como os tribunais interpretam a lei. De fato, a vedação à reeleição sucessiva já estava presente na Constituição um ano antes das eleições de 2008, porém a ampliação de sua interpretação ocorreu somente após a apuração dos votos. Quando o Tribunal Superior Eleitoral decidiu promover o *overruling*, diversos prefeitos já haviam mudado seu domicílio eleitoral, deixado seus cargos para concorrer às eleições e se sagrado vencedores nas urnas, tudo isso confiando na licitude de suas condutas com base nos precedentes dos tribunais.

⁶¹ O *leading case* da mudança jurisprudencial foi o Recurso Especial Eleitoral n.º 32.507, julgado em 17 de dezembro de 2008.

Diante desse problema, o relator propôs à Corte que fosse realizado não apenas uma superação do entendimento anterior, mas que essa superação fosse qualificada pela definição de que o novo precedente somente seria aplicado de forma *pro futuro*. Com efeito, não obstante a previsão expressa da possibilidade de “modulação de efeitos” nas decisões do controle concentrado constitucionalidade⁶², o que foi proposto e acolhido pela Corte constitucional não foi a utilização desse instituto no julgamento do recurso extraordinário, mas a realização de verdadeiro *pure prospective overruling*⁶³ a fim de implementar uma mutação constitucional, conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes:

Ressalte-se, neste ponto, que não se trata aqui de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, a qual pode suscitar a modulação dos efeitos da decisão mediante a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. O caso é de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que impõe ao Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica, a tarefa de proceder a uma ponderação das consequências e o devido ajuste do resultado, adotando a técnica de decisão que possa melhor traduzir a mutação constitucional operada.

Assim, ressaltou-se no voto do relator que, independente de previsão legal expressa, também o Tribunal Superior Eleitoral, quando altera sua jurisprudência, deve adequar as consequências de seus julgamentos tendo em vista não apenas o caso singular, mas também a segurança jurídica que deve lastrear a realização das eleições.

As razões para este entendimento levam em consideração que tanto os cidadãos-candidatos como os cidadãos-eleitores submetem-se a um sistema normativo resguardado pela Justiça Eleitoral. Assim, essa relação entre Poder Judiciário e jurisdicionados deve ser

⁶²“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (Art. 27 da Lei 9.868/99.)

⁶³ Anote-se a diferenciação terminológica explicitada por Guilherme Marinoni, para quem “*alude-se a pure prospective overruling para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, restando a terminologia prospective overruling para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão*” (MARINONI, 2011, p. 423).

norteada pelo primado da confiança, de forma que uma alteração jurisprudencial tão profunda e que afeta drasticamente a comunidade política, com potencial para impedir que o candidato eleito pelo povo ascenda ao cargo para o qual foi escolhido, deve levar em consideração a perspectiva da segurança jurídica. É o que se infere do voto condutor do acórdão:

O caso descrito, portanto, revela uma situação diferenciada, em que houve regular registro da candidatura, legítima participação e vitória no pleito eleitoral e efetiva diplomação do autor, tudo conforme as regras então vigentes e sua interpretação pela Justiça Eleitoral. As circunstâncias levam a crer que a alteração repentina e radical dessas regras, uma vez o período eleitoral já praticamente encerrado, repercute drasticamente na segurança jurídica que deve nortear o processo eleitoral, mais especificamente na confiança não somente do cidadão candidato, mas também na confiança depositada no sistema pelo cidadão-eleitor.

Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. Essa tem sido a praxe neste Supremo Tribunal Federal, quando há modificação radical de jurisprudência.

Também merece destaque, nesse ponto, a percepção de que a interpretação da lei, feita pelo Poder Judiciário, deve submeter-se ao princípio da anterioridade eleitoral quando houver alteração abrupta do entendimento do Tribunal. Como acrescentou o ministro Luis Fux, *“hoje a força da jurisprudência tem a presunção de legitimidade das leis”*, não sendo possível olvidar que os precedentes dos tribunais também influenciam e orientam as decisões dos cidadãos.

Nesse sentido, também destacou o Ministro Dias Toffoli:

Ou seja, o Estado-Juiz disse a esse cidadão, no início do ano de 2008: Cidadão, você pode ser candidato em outro município, caso deixe o cargo que hoje ocupa. E o mesmo Estado-Juiz vai lá e lhe diz: Não, você não podia. É disso que se trata!

Portanto, ratificando-se que não há empecilho para que os tribunais mudem seus posicionamentos jurisprudenciais, é possível concluir que essa mudança, além de ser efetuada de forma clara e argumentativamente justificada, deve levar em consideração os efeitos da

alteração sobre os jurisdicionados. De fato, não é toda hipótese de *overruling* que necessitará ter seus efeitos restritos ao futuro, mas ao constatar que a mudança jurisprudencial poderá afetar legítima expectativa dos cidadãos, é necessário que o tribunal leve em consideração a necessidade de confiança na jurisdição e de segurança jurídica.

Contudo, a votação para a realização do *pure prospective overruling* neste caso de “prefeito itinerante” foi apertada. Entre os que concordavam em conferir nova interpretação ao dispositivo constitucional, quatro entenderam por postergar os efeitos da decisão para o futuro e três pretendiam que a nova orientação fosse aplicada de imediato. Os fundamentos da divergência minoritária podem ser sintetizados no seguinte trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Em primeiro lugar, não há direito subjetivo ao exercício de mandato eletivo eivado por causa de inelegibilidade constitucional. Portanto, disseram eles, a meu ver, com razão, que não há direito adquirido contra a Constituição.

Em segundo lugar, afastaram também a incidência do artigo 16 da Constituição, porque não se tratava, no caso - como continua não se tratando -, de alteração de normas de natureza procedimental, no que diz respeito ao pleito eleitoral. Nada disso. Lá, se interpretou exatamente o artigo 14, § 5º, da Constituição, que diz respeito a uma causa de inelegibilidade.

O primeiro argumento, que é mais recorrente na dissidência, parte do pressuposto de que a causa de inelegibilidade já existia no texto constitucional desde o início do pleito. Assim, o mandato já estaria eivado pela inconstitucionalidade na sua origem, razão pela qual não seria possível invocar a segurança jurídica nessa situação, pois não há direito adquirido contra a Constituição.

Todavia, embora seja indubitoso que o texto constitucional já estivesse em vigor, certo é que a norma constitucional que dele se extraia mudou substancialmente com a nova interpretação que lhe foi dada pelo Tribunal Superior Eleitoral após as eleições. Ou seja,

apesar de já haver a previsão da inelegibilidade, não havia a inelegibilidade nessa hipótese concreta, tendo em vista que o Poder Judiciário assegurava que ela não se enquadrava na vedação constitucional.

Dessa forma, não se está querendo alegar direito adquirido contra a Constituição, mas se está assinalando que, por via interpretativa, à época anterior ao pleito, o texto constitucional significava algo diferente do que passou a significar posteriormente. A interpretação judicial, mais do que declarar o conteúdo da norma, efetivamente, nesse caso, conferiu a ela um novo sentido, cuja incidência de forma abrupta, já no fim do processo eleitoral, seria capaz de gerar grave insegurança jurídica.

O segundo argumento da divergência, de conteúdo estritamente material, afirmava que a inelegibilidade não seria uma norma que alteraria o “processo eleitoral”. Este argumento foi afastado pelo próprio Supremo Tribunal Federal em outros julgamentos⁶⁴, sedimentando-se a compreensão de que o conteúdo das inelegibilidades determina quem pode e quem não pode participar do pleito como candidato, possuindo, portanto, grande influência no processo eletivo.

A partir desse caso, que sedimenta de forma nítida o papel do precedente no sistema judicial brasileiro, verifica-se o quanto é necessário que a argumentação por precedentes receba atenção teórica por parte dos juristas nacionais. Configurando-se como comandos textuais que possuem efeitos similares aos da lei, a crescente importância da argumentação por precedentes na prática jurídica deve ser acompanhada de uma teoria adequada para que seja possível compreender o seus desdobramentos.

⁶⁴ Sobre o assunto, ver, *mutatis mutandis*, o RE 633.703, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2011, sob o regime de repercussão geral, no qual o Tribunal reconheceu que o princípio da anterioridade é aplicável as hipóteses de inelegibilidade instituídas pela LC 135/2010.

Da mesma forma, observa-se que a sistemática dos precedentes surge entre nós não de uma forma impositiva e autoritária, mas de forma natural e decorrente da necessidade, na busca dos operadores jurídicos brasileiros por soluções apropriadas para as tensões entre a segurança jurídica e a evolução do direito ou entre o acesso à justiça e a razoável duração dos processos.

Nesse contexto, não é de se estranhar que a Corte constitucional tenha adotado um *pure prospective overruling*, técnica sofisticada e própria do *stare decisis*, para lidar com uma relevante mutação constitucional. Em verdade, esta decisão pode representar um sinal de que estamos aperfeiçoando o modelo decisório nacional, reconhecendo a importância e a responsabilidade do Poder Judiciário perante os jurisdicionados e caminhando no sentido de construir uma jurisdição menos arbitrária e mais confiável.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, a utilização de precedentes judiciais pode auxiliar no enfrentamento de sérios problemas presentes no sistema judicial brasileiro, tais como a insegurança jurídica gerada por decisões judiciais frequentemente conflitantes e a multiplicação de ações e recursos sobre matérias idênticas. Contudo, para que essa possível solução seja eficaz e alcance seus objetivos, é necessário um aprimoramento teórico.

Nesse aspecto, a primeira conclusão importante que se deve assinalar é que a investigação acerca dos precedentes judiciais torna-se mais produtiva quando realizada sob uma perspectiva argumentativa. Embora este tema seja conhecido no Brasil há bastante tempo, o novo olhar possibilitado pelo emprego da teoria da argumentação jurídica permite o alcance de novas constatações, com viés bastante prático, que se mostra mais útil aos operadores do Direito.

No mesmo sentido, observa-se que, com aporte na perspectiva argumentativa, a coerência e a sistematicidade são adotadas como valores de especial relevância para a jurisdição, os quais devem orientar uma releitura de nossos institutos jurídico-processuais. É com base nesses alicerces que deve estar pautada a atuação do Poder Judiciário, pois as decisões de cada juiz não devem ser expressão de uma compreensão particular e egocêntrica do Direito, mas a manifestação de uma postura decisória emanada do Estado, que está comprometido com os valores da segurança jurídica e da igualdade.

Da mesma forma, a pesquisa realizada confirma que é necessário superar o pensamento segundo o qual haveria uma dualidade radical e insuperável entre o *commom law* e o *civil law*. Pelo contrário, essas duas grandes tradições jurídicas ocidentais passam por um

processo amplo de intercâmbio e aprendizado mútuo, de forma que a formação histórica diversa não impede o diálogo em busca de soluções adequadas para os problemas jurídicos que enfrentam. Ademais, abandonando-se o rigor separatista, é possível visualizar de forma mais clara o importante papel ocupado pelas decisões judiciais na realidade brasileira, favorecendo a adoção de uma postura mais crítica e ativa em torno dessa temática.

Também se sobrepõe, entre as idéias centrais desse estudo, a necessidade do aprimoramento das técnicas de fundamentação das decisões judiciais brasileiras. É preciso abandonar a postura simplista de que apenas os dispositivos das decisões dos tribunais são relevantes, a fim de valorizar como problema central a fundamentação por eles adotada. O resultado das deliberações, sobretudo nas cortes mais elevadas, deve refletir não apenas um comando para a solução do caso concreto, mas uma orientação interpretativa que possa ser claramente compreendida pela comunidade jurídica.

De igual modo, é necessário que também os advogados e demais postulantes busquem aprimorar seus conhecimentos acerca da dinâmica de justificação e aplicação dos precedentes judiciais, a fim de apresentarem aos seus julgadores argumentações tecnicamente mais arrojadas. Para que isso seja possível, é preciso compreender conceitos básicos como *ratio decidendi*, *distinguish* e *overruling*, cultivando-se uma cultura que perceba que argumentar por precedentes não se traduz em mera transcrição de decisões pretéritas.

Além disso, também é possível concluir que o atual arcabouço legislado em torno dos precedentes judiciais é freqüentemente inutilizado ou utilizado de maneira contraproducente. Este efeito distorcido decorre, sobretudo, da ausência de domínio teórico acerca da argumentação a partir de precedentes pelos operadores jurídicos nacionais. Com efeito, os resultados negativos de institutos como a repercussão geral e a sistemática de

julgamento de recursos repetitivos devem ser, em sua maior parte, creditados às impropriedades no manejo dos precedentes e não ao sistema em si mesmo.

Enfim, a utilização da argumentação a partir de precedentes judiciais, como qualquer técnica no Direito, não é uma fórmula mágica para a resolução de mazelas, mas uma estratégia que demanda árduo trabalho e estudo. A utilização indevida e inconsistente dessa espécie argumentativa, à base do “copia-cola ementa”, não trará qualquer resultado efetivo ou, pior ainda, contribuirá para o agravamento dos problemas já existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXYY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 211ss. 265-266.

AMARAL, Thiago Bottino do (Coord). **Panacéia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores**. Centro de Justiça e Sociedade (FGV Direito-RIO), 2014, Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>. Acesso em 20/10/2014.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Trad. Manuel Poiriez Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 44-51.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013, p. 20-32.

BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios: uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**. 2ª Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2012, p. 251-267.

BARROSO, Luís Roberto. **Recurso Extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista Eletrônica de Direito Processual: Rio de Janeiro, Ano 3, Volume III, jan-jun 2009, p. 13-28.

BELL, John. **Comparing Precedent**. HeinOnline, 1996, p. 1.243-1.278.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61-62.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.112.278/TO**. Terceira Seção. Relator: Ministro Felix Fischer. Diário de Justiça eletrônico de 13/10/2009. LEXSTJ vol. 243, p. 350. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900566326&dt_publicacao=13/10/2009. Acesso em 20/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial 966.077/GO**. Terceira Seção. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Diário de Justiça eletrônico de 20/08/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900241725&dt_publicacao=20/08/2009. Acesso em 20/10/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**. Plenário. Relator: Ministro Ayres Britto. Diário de Justiça eletrônico de 13/10/2011, volume 2607, p. 341. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em 20/10/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 637.485**. Plenário. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico de 20/05/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>. Acesso em 20/10/2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n.º 841**, Plenário, Relator: Min. Fernando Neves. Diário de Justiça eletrônico de 27/02/2003, p. 107. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=841&processoClasse=CTA&decisaoData=20021112&decisaoNumero=21297&noCache=0.3523539889138192>. Acesso em 20/10/2014.

BRETON, Philippe; GAUTHIER, Gilles. **História das Teorias da Argumentação**. Lisboa: Bizâncio, 2001, p.17-19.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo : Noeses, 2012, p. 1-124; 249-533.

CELLA, José Renato Gaziero. **A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo** (Dissertação). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001, p. 249-257.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia SU047/99**. Expediente T-180.650. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>. Acesso em 20/10/2014.

DAVID, René. JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. Trad. Jorge Sánchez Cordero. México: UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 97-108.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas: 2012, p. 224-226.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. **Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common**

Law e de Civil Law. Revista Eletrônica Processos Coletivos: Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011.

EISENBERG, Melvim Aron. **The nature of the common law.** Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 104.

GARCÍA AMADO , Juan Antonio. **Teorías de la tónica jurídica** . Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones, 1988, p. 19-24; 301-329.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito** . Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 17-42; 161-212.

_____. **The significance of precedent.** HeinOnline, 1998, p.174-187.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** . 2ª ed . São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 120-446.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**. 2ª Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2012, p. 577-597.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1440-1444.

PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**. 2ª Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2012, p. 209-228.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 810/93**. Relator: Conselheiro Monteiro Diniz. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>. Acesso em: 20/10/2014.

ROESLER, Cláudia Rosane. SANTOS, Paulo Alves. **Análise da argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas**. Anais do 19º Congresso de Iniciação Científica da UnB e 10º Congresso de Iniciação Científica do DF. Brasília, 2013, v. 3, p. 106.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais** - Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 112-163; 302-310.

STRECK, Lênio. **Súmulas, vaguezas e ambigüidades**: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? Revista Direitos Fundamentais e Justiça (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul). Porto Alegre, n.º 5, out-dez 2008, p. 162-185.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1-14; 136-207.

TRF1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Decisão de admissibilidade de recurso especial na apelação 0036271-40.2010.4.01.3800**, Presidência. Diário de Justiça Eletrônico da 1ª Região, edição n.º 1, disponibilizado em 30/04/2014, p. 137.

TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Decisão de admissibilidade de recurso especial no recurso em sentido estrito 5003351-58.2012.404.7005**, Vice-Presidência. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região, disponibilizado em 17/06/2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 155-160; 296.